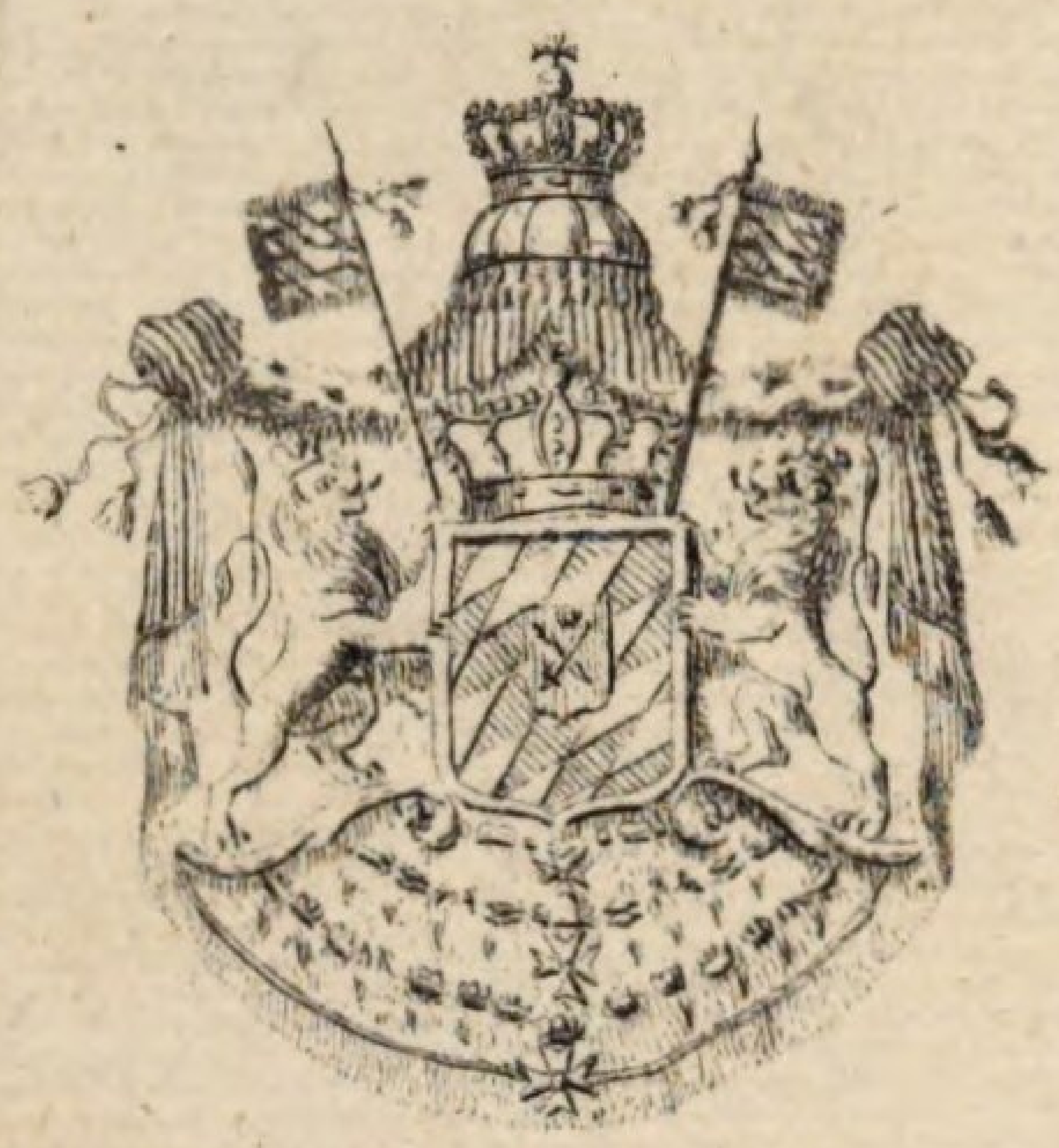
J. germ. 163 x /3



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36613571650012
<36613571650012
Bayer. Staatsbibliothek

Das Recht
der
Vormundschaft
aus
den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten
entwickelt

von

Dr. Adolph August Friedrich Rudorff,
ordentlichem Professor der Rechte an der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin.

Dritter Band.

Berlin,
bei Ferdinand Dümmler.
1834.

alt
15 BG Exl.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Fünfter Abschnitt.

Klagen aus der Vormundschaft.

I. Actiones negotiorum gestorum.

A. Actiones directae.

1. Begriff und Arten.

a. Actio rationibus distrahendis.

§. 154.

Quelle:

D. XXVII. 3. De (tutelae et) rationibus distrahendis (et utili curationis causa) actione.

Schon nach allgemeinen Grundsätzen entspringen aus der bloßen Thatsache der Verwaltung fremder Angelegenheiten auch ohne vorhergehenden Contract (ex re, ex administratione, quasi ex contractu) wechselseitige Verbindlichkeiten zwischen dem Principal und dem Verwalter, welche mit

der actio negotiorum gestorum directa und contraria verfolgt werden können (1).

Obgleich nun diese Grundsätze auch in den Fällen einer unfreiwilligen Verwaltung Anwendung finden (2), so haben doch diese Fälle so viel Eigenthümliches (3), daß jene allgemeine Klage hier die bedeutendsten Modificationen erlitten hat. Es entspringen nämlich in unserm Fall aus einer und derselben Obligation, nämlich dem Quasicontract der administratio mehrere Klagen, von welchen die eine speciell ist, die übrigen hingegen generell sind.

Die erste, die actio rationibus (nicht de rationibus) (4) distrahendis ist nicht etwa, wie man früher den Namen deutete (5) eine Klage wegen verfälschter Rechnungen (de rationibus distractis i. e. conturbatis), noch auch, wie mehrere neuere Juristen (6) annehmen, eine Klage auf Rescission absichtlich falsch abgelegter Rechnungen (actio rationibus discutiendis, dispungendis, rescindendis,) (§. 182. a. E.) son-

(1) §. 1. J. de obl. quae quasi ex contr. L. 2. de neg. gest.

(2) L. 3. §. 10. de neg. gest.

(3) L. 20. C. de neg. gest. Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit: quippe superioribus quidem necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit: ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. L. 1. §. 9. de eo qui pro tut. L. 1. C. de test. tut. L. 5. de mag. conv.

(4) Auch in L. 1. §. 21. und L. 2. h. t. lesen nämlich die besten Handschriften und die Basil. T. V. p. 64 und 90 blos rationibus.

(5) Cujac. ad Paull. II. 30. Schulting Notae Tom. IV. p. 473. Bynkerschoek Obss. VI. 8. Dagegen Heinecc. ad Brisson. v. Distrahere.

(6) z. B. Thibaut System §. 540.

dern eine Klage auf den doppelten Werth der Sachen oder Gelder, welche der administrirende Vormund unterschlagen hat (7). Der Name kann also nur auf die Auseinandersetzung des Pfleglings und Tutors wegen ihres Eigenthums und ihrer Forderungen bezogen (8), und muß gleich der actio rerum amotarum und dem crimen expilatae hereditatis als ein allgemeinerer und mildernder Ausdruck für eine Handlung betrachtet werden, welche bei dritten Personen vielleicht als Diebstahl angesehen werden würde, bei dem administrirenden Vormunde aber nur als perfidia betrachtet werden kann (9).

Ihren Ursprung hat diese Klage bereits in den zwölf Tafeln (10), welche eine so auffallende Treulosigkeit des Vormundes härter als gewöhnlich strafen zu müssen glaubten, wenn auch der Pflegling den schweren, oft unmöglichen Beweis des Thatbestandes der Diebesklagen nicht führen kann.

Daß sie aber in ihrer ältesten Gestalt auf den Fall des eigentlichen Diebstahls beschränkt gewesen und erst durch die Interpretation auf jede treulose Unterschlagung erweitert wäre,

(7) L. 1. §. 19—24. L. 2. h. t. L. 2. pr. Actione r. d. nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit.

(8) Brisson. de V. S. unter distrahere N. III.; so sagt man distrahere societatem, communionem, negotium u. s. w.

(9) L. 55. §. 1. de adm. Sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere. Hieraus erklärt sich auch die Stellung der Tutel. Thl. I. S. VIII. N. 3. und dazu Hugo's Anzeige dieses Werks in den G. G. A. v. 1833. St. 73. Zum Theil hat diese Erklärung schon H. Kellinghusen in Oelrichs Thes. diss. belg. Vol. II. T. II. N. 1. p. 9 sqq.

(10) L. 55. §. 1. de adm. Vielleicht Cic. de off. III. 15.

ist eine zwar gewöhnliche aber durchaus unerwiesene Behauptung (11).

Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Klage sind unsere Juristen sehr verschiedener Meinung. Viele behaupten, daß sie, weil die Römischen Pönalklagen weggefallen seien, heutzutage nur noch auf den einfachen Sachwerth angestellt werden könne (12). Da indeß die Reichsgesetze (13) die Strafen der gemeinen Rechte bei der Rechnungsablegung des Vormundes bestätigt haben, überdies aber die Strafe des doppelten Sachwerths hier die Stelle des Interesses vertritt, so dürfte die entgegengesetzte Ansicht den Vorzug verdienen (14).

b. Actio tutelae und utilis curationis causa.

§. 155.

Quellen:

D. XXVII. 3. De tutelae (et rationibus distrahendis) et utili curationis causa actione.

C. Gregor. VI. 19. C. V. 51. Arbitrium tutelae.

Literatur:

Lipenius. p. 432. Schott p. 484. Senckenberg p. 403 v. tutelae actio.

Außer dieser speciellen Klage entspringen aber aus der vormundschaftlichen Verwaltung auch noch generelle Klagen,

(11) Sie findet sich bei Bynkershoek Obss. VI. c. 8. Zimmern Gesch. I. 2. S. 936. Glück Pand. XXXII. S. 207—211.

(12) Thibaut System §. 540. Braun.

(13) R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

(14) Glück Pand. Bd. III. §. 274. 275. N. 82. Bd. XXXIII. S. 224. 225.

welche jedoch verschieden sind, jenachdem der verwaltende Vormund Tutor oder Curator ist.

I. Gegen den verwaltenden Tutor wird nämlich dem Pflegling die actio, (arbitrium, judicium) tutelae directa gegeben.

Diese Klage muß ihrem Ursprunge nach nothwendig eine Civilklage sein, da sie aus einer civilis obligatio entspringt (1). Daß sie im Edict vorkommt (2), muß daraus erklärt werden, weil dasselbe anstatt der ältern legis actio eine Formel für diese Klage aufstellen mußte.

Ihrem Umfange nach ist diese Klage ein generale judicium, welches sämmtliche aus der Administration der Tutel herrührende Verbindlichkeiten auf einmal umfaßt (3), so daß sie genau der attischen δίκη ἐπιτροπῆς entspricht (4). Das Römische Recht geht hier nämlich von der Ansicht aus, daß der Quasicontract des Tutors nicht in der Uebernahme des Amts im Ganzen, sondern in jedem Administrationsact insbesondere enthalten ist, daß aber alle diese einzelnen Obligationen am Ende der Amtsführung in einer einzigen gemeinschaftlichen Klage zusammengefaßt werden. Wenigstens war dieses die Ansicht des Sabinus und Cassius, die jedoch auch im Justinianischen Recht die herrschende ist (5).

Zu gleicher Zeit ist diese Klage ein arbitrium, d. h. ein

(1) L. 1. pr. de contr. tut. §. 2. J. de obl. quae quasi ex contr.

(2) L. 1. h. t. ist aus Ulp. lib. 36. ad edictum.

(3) L. 38. pr. pro socio.

(4) Demosth. c. Aphob. 833, 22. Meier und Schöman att. Proz. S. 44. 185. 454. Heffter athen. Gerichtsverf. S. 251 ff.

(5) L. 37. pr. de adm. Papin lib. 11. Quaest. Tutorem, qui tutelam gerit, Sabinus et Cassius, prout gerit, in singulas res per tempora, velut ex pluribus causis obligari putaverunt.

judicium pecuniae incertae (6) und zwar ein arbitrium mit dem besondern Zusatz ex fide bona, oder ein bonae fidei (de fide mala) judicium (7), durch welchen der judex angewiesen werden soll, bei Ermittlung der Leistungen des Beklagten die aequitas besonders zu berücksichtigen.

Die formula, wenigstens die in jus concepta, muß daher im Wesentlichen etwa so gelautet haben:

Quod Aus Aus tutelam Nii Nii gessit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Aum Aum Nio Nio dare facere oportet (8) ex fide bona ejus, id judex Aum Aum Nio Nio condemnato, si non paret absolvito (9).

II. Gegen den Curator hingegen wird dem Pflegling die utilis curationis causa actio als Generalklage gegeben.

Diese Klage ist nun keineswegs eine eigentliche oder erweiterte actio tutelae (10), sondern eine bloße Anwendung der ganz allgemeinen actio negotiorum gestorum (11). Sie

(6) Cic. pro Rosc. Com. c. 5. Mayer über Litiscontest. S. 173 ff. Rubr. C. V. 51. Arbitrium tutelae. L. 28. §. 2. de app. Substituti tutores in locum legitimi tutoris, experti cum eo tutelae judicio; cum *arbiter* inique condemnavit, quam *rei aequitas* exigebat, a sententia ejus provocaverunt. L. 12. Rem pup. „Aequitas arbitrii atque officium boni viri."

(7) Cic. de off. III. 17. Gaj. IV. 62. §. 28. J. de act.

(8) L. 28. §. 2. de app. cit. Cic. de off. III. Scaevola summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur *ex fide bona*, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in *tutelis* ..... in his magni esse judicis, statuere, praesertim cum in plerisque essent judicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

(9) L. 11. Rem pup.

(10) Gaj. IV. 47.

(11) In L. 3. C. h. t. (Vgl. Thl. II. S. 326) wird zwar die Klage gegen einen curator *impuberis* einmal geradezu tutelae ju-

ist daher ebenfalls bonae fidei und ihre Formel muß der formula tutelae ganz analog gewesen sein, nur mit dem Unterschiede, daß in der Demonstratio anstatt tutela: negotia oder cura gestanden haben muß (12). Bedenken gegen diese Ansicht haben zwar manche Schriftsteller darin gefunden, daß unsere Klage in der Rubrik unsers und des folgenden Titels und in mehrern einzelnen Stellen (13) wenigstens in Beziehung auf den curator minoris als eine utilis actio bezeichnet wird, und sie deshalb entweder für eine actio tutelae utilis (14), oder für ein judicium negotiorum gestorum utile (15) erklärt. Mit diesem Zusatz ist indeß gewiß nicht gemeint, daß unsere Klage durch eine Fiction in der Formel sich der actio tutelae oder negotiorum gestorum directa anschließe, sondern es soll damit nur gesagt werden, daß die actio negotiorum gestorum, wiewohl der Conception nach eine directa actio, ihrer materiellen Natur nach in unserm Fall nach Analogie der actio tutelae directa beurtheilt werden müsse (16). In einigen besondern Fällen z. B. bei der Verwaltung des Vermögens eines postumus, welcher erwartet, aber nicht

dicium genannt, aber offenbar mißbräuchlich. vgl. Basil. V. 38. 3. Schol. f. p. 87. Ἔδει εἰπεῖν νεγοτιόρουμ γεϛόρουμ — ἀλλ᾽ ἐπειδὴ ὅλως ἄνηβος ἦν ὁ κουρατωρευόμενος, διὰ τοῦτο κατεχρήσατο τῷ τῆς ἀγωγῆς ὀνόματι.

(12) L. 3. §. 5. 10. L. 29. de neg. gest. L. 4. §. 3. L. 13. h. t. L. 1. C. Quod cum eo.

(13) L. 2. C. de hered. tut. L. 7. C. arb. tut. L. 17. C. de neg. gest.

(14) Thibaut System §. 541. Mühlenbruch Doctr. Pand. T. II. §. 335.

(15) Vgl. Glück Pand. XXXII. S. 245. N. 65.

(16) Zimmern Gesch. I. 2. S. 938. Vgl. z. B. §. 154. N. 3. §. 169.

geboren wird, ist freilich ausnahmsweise die actio negotiorum gestorum auch ihrer Conception nach utilis, weil hier selbst bei freiwilliger Geschäftsführung die directa actio nicht gegeben werden kann (17).

c. Actio utilis adversus cessantes.

§. 156.

Quellen:

D. XXVI. 7. De (administratione et) periculo tutorum et curatorum, qui gesserint, *vel non* cet.
C. V. 55. Si tutor vel curator non gesserit.

Nach älterm Römischen Recht wurde nicht nur die actio rationibus distrahendis (1), sondern auch die actio tutelae (2) und utilis curationis causa (3) nur gegen denjenigen Vormund gegeben, welcher die Tutel oder Cura wirklich gerirt hatte. Der Grund dieser Ansicht lag unstreitig in der ursprünglichen Natur der Tutelklagen, welche als actiones negotiorum gestorum eine wirkliche Verwaltung voraussetzten (4).

Allein seitdem die tutoris datio nicht mehr auf der Lex Atilia beruhte, sondern theilweise der Jurisdiction der Consuln

(17) L. 24. h. t. „quia administrasse negotia ejus qui natus non esset, non videtur" vgl. mit L. 19. §. 2. de test. tut. L. 29. de neg. gest. L. 3. pr. §. 6. de neg. gest. Vivianus ad L. 24. h. t. Schulting ad Paull. II. 0. Not. 5.

(1) L. 1. §. 19. L. 2. pr. de tutelae.

(2) L. 4. §. 3. Rem pup. L. 5. §. 3. L. 39. §. 11. de adm. L. 37. §. 1. de excus.

(3) L. 4. §. 7. eod.

(4) Gajus I. 190. 191.

anheimfiel, also seit Claudius (5), erlitten diese Grundsätze wichtige Aenderungen. Sobald nämlich ein zum gerens bestimmter Vormund sich der Administration überall nicht unterzog, konnte er deshalb von den Angehörigen des Pupillen (6) bei den Consuln verklagt werden, worauf diese ein Verfahren extra ordinem gegen ihn eröffneten und wenn sie ihn schuldig fanden, im Decret dahin erkannten, daß er auf eigne Gefahr mit der Verwaltung zögere („periculo suo eum cessare"). Ein solches Präjudicial-Erkenntniß hatte die Folge, daß ihn der Pupill wegen unterlassener Administration wirksam mit einer actio tutelae utilis belangen konnte (7).

Als nun aber Mark Aurel die jurisdictio tutelaris einem besondern Präter übertrug und das Rechtsmittel der bei demselben anzubringenden Excusationen näher bestimmte, erließ er auch über das periculum cessationis (8) allgemeinere Vorschriften. Er verordnete nämlich, daß jeder in Rom bestellte Tutor, welcher, nachdem er seine Ernennung erfahren hat, in den gesetzlichen Excusationsfatalien sich nicht entschuldigt, unverzüglich die Verwaltung übernehmen, im Entstehungsfalle aber ebenso behandelt werden solle, wie früher diejenigen behandelt wurden, in Rücksicht deren die Consuln entschieden hatten, daß sie auf eigne Gefahr zögerten.

Vat. Fr. §. 156. (*Marcus et Verus*) (9). Hi qui Romae . . . . sunt, sciant in proximis diebus L se

(5) Thl. I. S. 344 ff.

(6) Thl. I. S. 345. N. 31.

(7) Vat. Fr. §. 156.

(8) Periculum, periculum cessationis, negligentiae und contumaciae, ist technischer Ausdruck. L. 40. de adm.

(9) Thl. II. S. 8. 9.

excusationis causas allegare debere, aut capessere administrationem: *ac nisi id fecerint, in ea causa fore, in qua sunt, de quibus Consules amplissimi decreverunt: periculo suo eos cessare.*

L. 1. §. 1. de adm. (Ulpian.) Ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor, *suo periculo cessat.* Id enim a Diuo Marco constitutum est: ut qui scit se tutorem datum, nec excusationem si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.

Seit dieser Verordnung von Marcus, (mit welcher übrigens die Vorschriften desselben Kaisers über die Benachrichtigung (10) der Vormünder und über den unmittelbaren Zwang derselben selbst während der Gerichtsferien (11) genau zusammenhängen,) wurde es nun Sache der juristischen Theorie, die Bedingungen und Folgen des periculum cessationis näher zu bestimmen.

Die letztern bestehen aber darin, daß nun auch ohne ein vorgängiges Präjudicialdecret, gegen den tutor s. curator contumax eine actio tutelae s. negotiorum gestorum *utilis* auf das Interesse gegeben wird (12), so daß seit dieser Erweiterung der actio tutelae zwischen den Klagen aus unfreiwilliger und freiwilliger Geschäftsführung ein neuer Hauptunterschied eingetreten ist.

(10) L. 29. de tut. dat. (Thl. II. S. 191. N. 20.)

(11) Thl. II. S. 249. N. 5.

(12) L. 37. de excus. L. 4. §. 3. 7. Rem. pup. L. 39. §. 11. de adm. Vgl. auch Thl. II. S. 206. 207. 209. Ribbentrop, Correalobligationen S. 50—56.

d. Actio protutelae.

§. 157.

Quellen:

D. XXVII. 5. De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

C. V. 45. De eo qui pro tutore negotia gessit.

Litteratur: (vgl. §. 124.)

Mich. Grassi D. Delibata ex materia juris protutorum continens. Tubingae 1704. 4.

Wenn ein verus tutor s. curator, nicht wissend, daß er Vormund ist, das Vermögen eines Pflegbefohlenen verwaltet hat, so können offenbar die Grundsätze der bisherigen Klagen nicht angewendet werden, weil einen Nichtwissenden kein periculum cessationis treffen kann. Noch weniger kann die actio tutelae oder curationis causa directa oder utilis gegen einen falsus tutor oder curator gegeben werden, welcher die Geschäfte eines Schutzbedürftigen besorgt hat.

In beiden Fällen mögte man demnach geneigt sein, auf die allgemeinen Grundsätze der gewöhnlichen actio negotiorum gestorum zurückzugehen. Und in der That bleibt das Römische Recht bei diesen Grundsätzen stehen, wenn entweder die Absicht des Geschäftsführers nicht auf eine vormundschaftliche Verwaltung, sondern auf eine einfache negotiorum

gestio gerichtet war (1); oder wenn wegen der Persönlichkeit des Dominus keine vormundschaftliche Administration denkbar, sondern nur eine gewöhnliche Geschäftsführung möglich war (2).

Sobald aber die Absicht des Geschäftsführers auf eine vormundschaftliche Administration gerichtet ist (si quasi tutor s. curator, pro tutela, pro tutore, prove curatore, animo tutoris negotia gessit) (3) und der Dominus wirklich noch eines Vormundes bedarf, kommt nicht die gewöhnliche actio negotiorum gestorum, sondern eine besondere actio protutelae, oder pro tutore prove curatore negotiorum gestorum (4) zur Anwendung, welche sich in Rücksicht des Umfangs der Gefahr von jener beträchtlich unterscheidet.

Ueber die Einführung dieser Klage berichtet Ulpian: der Prätor habe deshalb für beide Fälle eine Klage aufgestellt, damit der Beklagte nicht nur dann, wenn er verus tutor wäre, sondern auch dann, wenn über die Rechtsgültigkeit seiner Bestellung Zweifel obwalteten, wirksam belangt werden

(1) L. 4. 6. de neg. gest. die Basil. Tom. V. p. 96. Schol. d. verstehen unter der Klage in letzterer Stelle mit Unrecht eine utilis curationis causa actio.

(2) z. B. weil der Dominus noch ungeboren ist. L. 24. de tutelae („quia nulla significatio est") oder bereits die Pubertät oder Volljährigkeit erreicht hat. L. 1. §. 6. h. t. Paull. I. 4. §. 2. und in Beziehung auf feminae adultae L. 1. C. de testam. tut.

(3) L. 1. §. 5—7. L. 3. h. t. L. 25. de tutelae cf. Paull. I. 4. §. 8. doch wird „quasi tutor" und „pro tutore" einander entgegengesetzt. L. 1. §. 5—7. L. 3. h. t.

(4) Paull. I. 4. §. 8. L. 4. C. qui dare. L. 4. C. de testam. tut. L. 1. §. 6. h. t.

könne (5). Hieraus folgt aber eben so wenig der prätorische Ursprung der ganzen Klage als die alternative Fassung der Demonstratio in der prätorischen Formel der Tutel- und Protutelklage, welche Zimmern behauptet (6).

2. Von den Personen in den vormundschaftlichen Klagen.

a. Vom Gerichtsstande.

§. 158.

Alle diese Klagen haben nun zuvörderst in Ansehung des Gerichtsstandes einige gemeinschaftliche Eigenthümlichkeiten.

I. Die erste betrifft das Forum und erscheint als eine Begünstigung des Klägers. Ohne Zweifel kann nämlich dieser ohne eine pluris petitio ratione loci zu begehen, den Beklagten in seinem forum generale d. h. im forum domicilii, und wenn ihn nicht das jus revocandi domum schützt (1), auch im forum originis zur Verantwortung ziehen. Allein es kann dem Pflegling des leichtern Beweises und der Kosten wegen wünschenswerth sein, im forum gestae administrationis d. h. an Ort und Stelle der geführten Verwaltung gegen den Vormund aufzutreten. In diesem Fall muß sich der Vormund vor den Gerichten dieses Orts, auch wenn sie

(5) L. 1. pr. h. t.

(6) Zimmern Gesch. I. 2. S. 939.

(1) L. 19. §. 3. de judic. Nam et D. Pius . . . rescripsit, eum qui tutelae causa Romam erat a se evocatus, alterius tutelae, cujus causa non erat evocatus, non debere compelli judicium suscipere.

nicht seine ordentlichen sind, schon deshalb auf das Judicium einlassen, weil in der Verwaltung in ihrem Bezirk eine stillschweigende Prorogation auf sie enthalten ist. Im Ungehorsamsfall würde missio in bona gegen ihn verhängt werden (2).

II. Eine zweite Eigenthümlichkeit bezieht sich auf das Judicium und erscheint zugleich als ein Vortheil des beklagten Vormundes. Wenn nämlich der Vormünder oder ihrer Erben mehrere sind, so soll der Magistrat auf Andringen desjenigen, welcher wegen Insolvenz der andern zuerst in Anspruch genommen wird, oder auch von Amts wegen, gegen alle einen und denselben Judex bestellen. Dieser Satz ist durch Kaiserliche Constitutionen eingeführt worden, die wenigstens zur Zeit der Gordiane schon altes Recht waren (3). Als Grund läßt sich anführen, was Papinian bei einer ähnlichen Gelegenheit sagt: ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos judices constituerentur (4). Die neuere Prozeßtheorie hat daraus ein forum connexitatis causarum abgeleitet.

b. Vom Kläger.

§. 159.

Was hiernächst die Partheien in unsern Klagen anlangt, so ist die Bestimmung des Klägers sehr einfach.

(2) L. 2. §. 3. L. 19. §. 1. L. 36. §. 1. L. 45. pr. de jud. L. 54. §. 1. de proc. L. 1. C. Ubi de ratiocin. Nov. 69. pr. c. 1. Hollweg's Versuche. S. 16. 28.

(3) L. 2. de quib. reb. ad eund. L. 5. C. arb. tut. (239). L. 6. de fidej. tut.

(4) L. 12. Rem. pup.

I. Alle genannten Klagen werden nämlich zunächst dem gegeben, dessen Vormundschaft der Beklagte verwaltet hat, wobei es sich aus allgemeinen Gründen von selbst versteht, daß derselbe, wenn er etwa noch Pupill oder minorenn, oder sonst eines Vormundes bedürftig ist, auch hier von einem besonders bestellten oder von einem Mitvormunde des abgehenden vertreten oder verbeiständet werden muß (5). Bei Beendignng der Tutel durch Pubertät gehört es selbst zur Pflicht des abgehenden Tutors, den Pupillen zu erinnern, daß er sich einen Curator zu diesem Zweck erbitte. (Thl. I. S. 411. 412.)

II. Demnächst werden dieselben aber auch den Intestat- oder Testamentserben aus dem eigenen oder dem Pupillartestament und allen andern Successoren gegeben, auf welche das Vermögen, zu welchem die actio gehört, übergeht (6). Mehrere theilen natürlich die Forderung nach ihren Erbportionen.

III. Eigenthümlich ist das Schicksal der actio in folgendem Fall. Wenn der Tutor den Pupillen von der väterlichen Erbschaft abstinirt und diese nunmehr in Concurs kommt, alsdann wird die actio zwischen dem bonorum emptor, später den Creditoren, und dem Pupillen getheilt. Jenen steht sie zu, so weit der Tutor durch seine Administration die Erbschaft verringert hat; diesem, soweit der Tutor durch die Ab-

(5) L. 9. §. 4. h. t. L. 1. C. de adm. Thl. I. §. 54. L. 12. C. arb. tut. L. 33. §. 2. de adm. L. 19. §. 2. de test. tut.

(6) L. 1. §. 17. 23. de tutelae. 4. C. de sent. passis.

stention selbst, (Thl. II. S. 370.) sein, des Pupillen, Interesse verletzt hat. Die letztere Klage wird daher erst nach der Pubertät gegeben während die Creditoren die ihrige wie jede andere sogleich anstellen dürfen (7).

c. Vom Beklagten.

α. Ueberhaupt.

§. 160.

Eben so einfach sind die allgemeinen Regeln über den Beklagten.

I. Sämmtliche Klagen aus der vormundschaftlichen Geschäftsführung werden als directe Klagen nur unter der Voraussetzung gegeben, daß der Beklagte die Verwaltung wirklich geführt hat (§. 156.), so daß ein Geschlechtstutor überall nicht belangt werden kann (1). Ueber diesen Begriff des gessisse enthält das Römische Recht folgende nähere Bestimmungen. Als gerirend gilt der Beklagte nämlich auch schon dann, wenn er nur eine einzelne Angelegenheit besorgt hat,

(7) L. 18. de tutelae. (Papin. lib. 25 Quaest.) Cum tutor, negotiis impuberis administratis, pupillum paterna hereditate abstinuit, *bonis* patris *venditis* tractari solet, utilis (i. e. efficax) actio pupillo relinqui, an creditoribus (bonorum emptori?) concedi debeat? Et probatur, actionem inter pupillum et creditores patris esse dividendam: scilicet, ut, quod rationi *bonorum* per tutorem deerit, creditoribus reddatur; quod autem dolo vel culpa tutoris in officio pupilli perperam abstenti contractum est, puero relinquatur. — Quae actio sine dubio non prius competet, quam pupillus ad pubertatem pervenerit: sed illa confestim creditoribus datur (d. h. venditione facta).

(1) Gaj I. §. 190. 191. Lübische V. O. v. 11. Oct. 1820. §. 104.

hat, denn wenn er sich nun auch um die Verwaltung nicht ferner bekümmert, so kann er doch nicht blos tutelae belangt, sondern sogar als suspect postulirt werden. Auch kommt es nicht darauf an, daß er in eigener Person gerirte, sondern auch dann, wenn er einem Andern die Verwaltung auftrug oder gegen Caution überließ und dieser Letztere wirklich gerirte, wird er, der Mandant, als gerirend betrachtet (2). Eben so ist es gleichgültig, ob er freiwillig, oder in Folge des oben (Thl. II. §. 114.) erwähnten directen Zwanges die Verwaltung übernahm (3).

II. Neben dieser allgemeinen Voraussetzung aller unserer Klagen enthält jede einzelne noch ihre besondere.

A. Die actio rationibus distrahendis wird gegen den justus tutor gegeben, worunter aber nicht blos der legitimus, sondern jeder rechtmäßige Tutor zu verstehen ist (4). Sie ist jedoch auch auf den justus curator minoris (5) und nach einem Rescript der Divi Fratres auch auf den curator reipublicae ausgedehnt werden (6).

B. Die actio tutelae wird nur gegen einen wirklichen Pupillentutor, (nicht gegen den bloßen Geschlechtstutor oder Curator (§. 155. Note 11.)) aber freilich auch schon dann gegeben, wenn er blos auctorirt, oder blos gerirt hat (7).

(2) L. 5. §. 1—3. L. 55. pr. §. 2. de adm. (Ulp. lib. 35. ad ed.).

(3) L. 1. §. 7. de eo qui pro tut.

(4) L. 1. §. 19. de tutelae.

(5) Paull. II. 30. §. 1.

(6) L. 9. §. 4. de adm. rer ad civ.

(7) L. 18. pr. de adm. vgl. mit L. 17. de auct. tut.

C. Die actio curationis causa findet nur gegen einen Curator Statt.

D. Die actio protutelae oder pro curatore negotiorum gestorum wird gegen den gegeben, welcher „pro tutore" die Angelegenheiten eines Pflegbefohlenen besorgt: d. h.

1. Gegen einen wirklichen Vormund (verus tutor s. curator), der aber von seiner Bestellung nichts weiß, mithin für kein periculum cessationis haften kann (8).

2. Gegen einen Nichtvormund (falsus tutor s. curator) (9), der sich der vormundschaftlichen Verwaltung unterzog, z. B. gegen einen Vormund, dessen Tutel noch nicht angefangen oder schon aufgehört hatte, oder welcher einer femina adulta, oder tutorem habenti, oder im Testament zum Curator u. s. w. bestellt war (10), gleichviel ob er den Mangel seiner Legitimation kannte (11) und ob er die zu einer wirklichen Vormundschaft erforderlichen Eigenschaften besaß oder nicht (12), indem alle diese Umstände auf die Absicht, als Vormund zu verwalten, ohne Einfluß sind.

(8) L. 3. de eo qui pro tut. L. 3. §. 5. Jud. solvi.

(9) Daß dieser Ausdruck im Fall der gestio eines Nichtvormundes, mithin bei unserer Klage nicht vorkommt, sondern nur im Fall der auctoritas (Neustetel im Archiv f. civ. Pr. I. 18.) hat offenbar blos in der Fassung der Edictsstellen (L. 1. pr. h. t. vgl. mit Thl. II. §. 124.) einen zufälligen Grund. Daß er aber an sich auch im Fall der gestio gebraucht werden kann, beweist der Gegensatz von verus und falsus procurator und L. 1. §. 5. Quod falso. L. 221. de V. S. (Thl. II. S. 293. Note 2.)

(10) L. 1. §. 4. de eo qui pro tut. L. 1. C. de test. tut. L. 6. C. de neg. gest. Vat. Fr. §. 228.

(11) L. 3. §. 10. de neg. gest. L. 1. §. 1. de eo qui pro tut. Animus und suspicio tutoris werden mithin unterschieden.

(12) L. 1. §. 2. D. L. 1. C. eod. L. 4. C. Qui dare.

III. Seitdem indeß Marc Aurel die actio tutelae und negotiorum gestorum utilis allgemeiner gemacht hat, kann auch ein nicht gerirender Vormund belangt werden, jedoch unter folgenden Voraussetzungen.

A. Der Vormund muß verus oder justus tutor s. curator sein (13). Ein ungültig ernannter Vormund z. B. ein vom Vater im Testament ernannter Curator, ein von der Mutter, der Patrona, oder dem sonstigen Erblasser und Geber des Vermögens gesetzter testamentarischer Tutor oder Curator, imgleichen ein in einem ungültigen letzten Willen angeordneter Vormund (14), welcher mit der Uebernahme der Verwaltung zögert, trägt das periculum cessationis nicht. Selbst wenn der Testator Soldat gewesen sein sollte, würde das Gegentheil nicht behauptet werden dürfen, denn die Privilegien der Soldaten beziehen sich blos auf das Vermögen, während der Vormund jure patriae potestatis angeordnet wird und dürfen ohnehin keinem Dritten Nachtheil bringen (15). Wenn freilich ein solcher Nichttutor sich einmal in die Verwaltung eingemischt hat, dann haftet er wegen der spätern Cessation in der actio protutelae wenigstens in so weit, als ein Anderer die Verwaltung fortgesetzt haben würde. Auch darf er, wenn er erfährt, daß er nicht Tutor ist, nicht eher niederlegen, bis er die Verwandten des Pupillen aufgefordert hat,

(13) L. 1. §. 9. de eo qui pro tut. Vat. Fr. §. 228.

(14) L. 40. de adm. L. 1. C. de conf. tut. L. 1. C. de test. tut. Nov. 117. c. 1. §. 1. L. 32. de excus. L. 58. §. 2. de adm.

(15) L. 40. de adm. Thl. I. S. 269.

diesem einen Tutor zu erbitten (16). Ein Anderes ist es, wenn der ungültig gegebene testamentarische Vormund vom Magistrat confirmirt wird, weil er dadurch vom Augenblick der Confirmation an in einen gültigen Tutor verwandelt wird (17).

B. Der Vormund muß zum gerirenden Vormund bestimmt sein. Daß er übrigens noch nicht cavirt oder inventirt hat, entschuldigt ihn nicht, weil er wenigstens diejenigen Angelegenheiten, zu welchen kein jus alienandi erforderlich ist, z. B. Erwerb der bonorum possessio schon vorher vornehmen konnte (18).

C. Endlich muß der Vormund seine Bestellung erfahren haben, denn erst von diesem Augenblick an ist er zum gerere verpflichtet, folglich seine Contumacia imputabel (19). Der testamentarische Vormund ist also nicht schon adita hereditate, oder wenn dies venit (20), der gesetzliche nicht schon mit dem Tode des Erblassers (21), der obrigkeitliche nicht schon mit dem Dasein des Decrets (22) zu administriren verpflichtet, sondern erst mit erlangter Wissenschaft aller dieser Thatsachen beginnt seine Verbindlichkeit. Auf welche Art er

(16) L. 1. §. 9. de eo qui pro tut. L. 39. §. 9. de adm. L. 20. C. de neg. gest. Preuß. Landr. §. 227—229.

(17) L. 40. cit. L. 1. C. de conf. tut. L. 58. §. 2. de adm.

(18) L. 5. C. de tut. qui satis n. d. Thl. II. S. 222.

(19) L. 6. C. de excus. L. 8. C. de adm. §. 16. J. eod. L. 5. C. de peric. Vgl §. 157. u. ob. Not. 5.

(20) L. 45 §. 1. de excus.

(21) L. 6. de leg. tut.

(22) L. 17. de adm. Qui jussus est ab eo, qui jus jubendi habet, tutelam gerere; si cessasset, ex quo jussus est, indemnem pupillum praestare debet; non ex quo tutor esse coepit. L. 5. §. 10. eod. L. 8. in fin. C. eod.

sie übrigens erfährt, ist völlig gleichgültig (23). Zwar müssen die höhern Magistratus den Vormündern ex officio die Uebernahme der Tutel anbefehlen (§. 114.) und Marc Aurel will sogar, daß die Municipalmagistratus innerhalb 30 Tagen abwesende Vormünder von ihrer Bestellung förmlich benachrichtigen sollen (24). Auch können die Angehörigen des Pfleglings vor Gericht oder vor Zeugen (testato) ihnen die Ernennung anzeigen. Aber auch jede unförmliche Benachrichtigung hat mit einer feierlichen dieselbe Wirkung (25). Die Thatsache der Bekanntmachung hat übrigens der Pupill im judicium tutelae utile zu beweisen (26). Behauptet jedoch der Vormund, ungeachtet der Notification von seiner Bestellung keine Wissenschaft erhalten zu haben, so bleibt ihm dieser Gegenbeweis nicht nur vorbehalten, sondern er ist ihn zu führen sogar verpflichtet (27).

(23) L. 5. §. 10. eod.

(24) Oben §. 156. Note 10.

(25) L. 5. §. 10. de adm.

(26) L. 6. de adm. Ulp. 36. ad ed. Hoc autem, quod cognovit tutor, pupillus probare debet.

(27) L. 5. C. de peric. (Impp. Diocl. et Max.) Si — tutorem te constitutum esse, non ex remissioris negligentiae vitio, sed justae ignorationis ratione non didicisti, idque liquidis probationibus ostenderis: periculo — non teneberis. P. P. 3. Id. Sept. 290.

β. Verhältniß mehrerer Beklagten.

A. Solidarische Convention.

§. 161.

B e a r b e i t u n g:

Collectio de (tutoribus et) contutoribus (Thl. I. p. XXIV.)

Bei dem Verhältniß mehrerer Mitvormünder muß wiederum zwischen der speciellen und den generellen Klagen unterschieden werden:

I. In der actio rationibus distrahendis haftet jeder einzelne Thäter allemal in solidum, jedoch so, daß wenn Einer das Doppelte bezahlt hat, Alle liberirt sind, mithin nicht noch von den übrigen Theilnehmern Schadensersatz gefordert werden kann, wie es neben der actio furti mit der condictio furtiva möglich ist (1).

II. Bei den generellen Klagen findet eine eigentliche strenge auf objectiver Einheit beruhende Correalobligation, wie z. B. bei Fidejussoren, gar nicht Statt (2), sondern die mildere Natur derselben (§. 155.) hat auch mildere Regel (forma juris) über das Verhältniß der Contutoren zur Folge gehabt, nach welcher die Verpflichtung des Einen für Alle einzustehen (mutuum, vice mutua, invicem, soliditatis, universi, commune periculum, nur dann eintritt, wenn ihn in Rücksicht seiner Verwaltung oder Aufsicht eine Culpa trifft. Diese Regel wird in folgenden Stellen erwähnt:

(1) L. 55. §. 1. de adm. L. 1. §. 21. de tutelae.

(2) Ribbentrop Correalobligationen N. 9. S. 45 ff.

L. 12. Rem pup. (Pap. lib. 12. Quaest.) pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur, et idonei (3) culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit. Nam aequitas arbitrii et officium boni viri videtur eam formam juris desiderasse. Ceterum fidejussores, civiliter in solidum obligati u. s. w.

L. 31. de adm. Forma qua singuli tutores prout quisque gesserit, nonnunquam in solidum tenentur, duntaxat intra pubertatis tempora locum habet, non etiam si post pubertatem administraverint.

Wenn also demungeachtet andere Stellen-Ausdrücke wie duo debitores ejusdem pecuniae oder duo rei ejusdem debiti auf unser Verhältniß anwenden, so sehen sie dabei mehr auf das Object als den Grund der Leistung. Der letztere ist verschieden, insofern Jeder nur wegen seiner Culpa haftet, das erstere aber wird gewöhnlich dasselbe sein, indem Jeder, wenn gleich nur um seiner Verschuldung willen, doch für den andern Vormund mitzahlen muß (4).

Nähere Bestimmungen dieses vice mutua periculum sind folgende:

A. Das mutuum periculum tritt für alle Vormünder ein, so lange sie im Amte sind. Ungültig bestellte Vormünder,

(3) So muß nämlich Statt idonea gelesen werden. Basil. T. V. p. 177. Cujac. Obss. VIII. 30.

(4) L. 38. 45. de adm. L. 2. C. de div. tut. Ribbentrop Correalobligationen S. 67 ff.

wenn sie sich nicht einmischen, haften für einander nicht (5). Im entgegengesetzten Fall müssen sie aber freilich das vice mutua periculum tragen, weil auch dem Protutor vorgeworfen werden kann, daß er für den Pupillen keine wirkliche Vormünder erbeten hat (6).

B. Von den gültig bestellten Vormündern tragen aber nicht nur die gerentes sondern auch die honorarii und participes das vice mutua periculum. Allein zwischen den erstern und den beiden letztern finden dennoch einige sehr wichtige Verschiedenheiten Statt, von denen die eine den unten (§. 193.) zu erwähnenden ordo conventionis, die andere aber die sogleich zu erörternde Art der Culpa betrifft.

C. Das mutuum periculum tritt nur ein, wenn der Contutor im Augenblick der geendigten Tutel insolvend ist, so daß die Erben des idoneus und die Vormünder selbst, wenn sie nach der Pubertät die Administration fortsetzen, nicht ferner für dasselbe einstehen (7). Den Beweis der Solvenz muß aber der Beklagte führen (8).

D. Das mutuum periculum setzt ferner irgend ein Verschulden des Beklagten voraus (9), denn da der Vormund

(5) Vat. Fr. §. 228.

(6) L. 39. §. 9. de adm.

(7) L. 1. C. de div. tut. L. 31. 39. §. 10. 53. de adm. L. 5. C. in quib. caus. L. 1. C. quo quisque ord.

(8) L. 3. C. de prob.

(9) L. 41. de adm. (*Papinian.*) Qui plures tutores habuit, unum, qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere: quoniam ejus liberatio quod ex tutela percepit, aut dolo contraxit, non est relicta, contutores qui suspectum facere neglexerunt, ex *culpa* recte conveniuntur: tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur. L. 6. C. arb.

überhaupt keinen Casus prästirt (§. 172.), so trägt er ihn auch nicht in Rücksicht der Contutoren. Wenn also z. B. der Contutor, welchem er die Administration anvertraute unverdächtig war, wenn sich später keine Veranlassung ergab, die Vermögensumstände des Collegen genauer zu untersuchen, oder wenn ein collega idoneus plötzlich in Concurs geräth, so muß der Beklagte absolvirt werden (10). Indeß ist die Art und Weise jenes Verschuldens bei den verschiedenen Vormündern noch verschieden. — Sind nämlich mehrere gerentes vorhanden, denen ein individuum officium übertragen war, so haften sie schon wegen bloßer Contumacia, und müssen folglich für jeden Schaden, den die Collegen durch Vergehen, Ungeschick, ja selbst durch schuldlose Unwissenheit verursachen, insofern derselbe durch eigene fleißige Administration des Beklagten hätte abgewendet werden können (11), einstehen. Auch kann eine bloße Privatübereinkunft, wodurch Einer zum gerens ernannt oder die Tutel getheilt wird, dieses periculum nicht aufheben (12). — Wenn dagegen Einer unter den Tu-

tut. quia nec Praesidis experientiam possit latere, tutores, qui gesserunt sive eorum heredes ob ea negotia quae per eos administrata sunt, principali loco conveniri debere, ceteris ob *culpae* rationem non servati detrimenti periculo substitutis: vel si pariter administrasse doceantur, etiam adversus unum liberum experiundi arbitrium competere: ita ut actiones, quas adversus alios habetis ad electum transferantur. Ribbentrop Correalobligat. S. 67 ff.

(10) L. 8. C. de adm. L. 29. §. 1. de excus. L. 14, 55. §. 4. de adm. (Ueber L. 14. s. Ribbentrop a. a. O. S. 65. N. 7.)

(11) L. 14. 38. pr. §. 1. 39. §. 11. 55. §. 3. de adm. L. 2. C. si tutor non gess.

(12) L. 2. 3. C. de div. tut. Ribbentrop Correalobligat. S. 68. Note 9.

toren honorarius ist, so kann er nur wegen versäumter Aufsicht bei Uebertragung und Verwaltung der Vormundschaft belangt werden, folglich sich durch den Beweis einer fleißigen Controle reinigen (13). Ganz ähnlich ist das Verhältniß des notitiae causa datus, nur daß dieser auch administrans sein kann, und für seinen Rath zu haften hat. — Wenn endlich die Tutel rechtmäßig (§. 110.) vertheilt ist, so haftet der particips für seine Region wie ein administrans (14), für die fremde aber ungefähr wie ein honorarius d. h. er kann nur dann belangt werden, wenn er für die fremde Region, während sie ohne Vormund war, imputabler Weise keinen erbat (15) oder wenn er versäumte, ihm Mittheilungen über sein Ressort zu machen (16) oder wenn er ihn insolvend werden ließ. Dasselbe Verhältniß gilt unter Tutoren und curatores ad augmentum (Thl. I. S. 405.), so wie in dem Fall, wenn an die Stelle eines verstorbenen testamentarischen Tutors die Magistratus einen andern ernennen (17).

E. Wird der Contutor hiernach schuldig befunden, so muß er das Ganze, also auch den Verlust der actio tutelae gegen den Contutor ersetzen (desiisse solvendo esse contutorem vel non esse, praestare debet) (18), folglich dieselben Zinsen zah-

(13) L. 3. §. 2. 55. §. 4. de adm.

(14) L. 2. C. de div. tut. L. 9. §. 8. L. 55. pr. in fin. de adm. L. 6. de fidej. tut. Preuß. Landr. §. 290.

(15) L. 9. §. 9. L. 39. §. 7. de adm. L. 5. de mag. conv.

(16) L. 47. de adm.

(17) L. 9. §. 8. de adm. L. 46. §. 6. de adm. Cujac. in lib. IX. resp. Paulli: Opp. postum. T. III. p. 52.

(18) Thl. II. S. 360. N. 12.

len, die er von seiner eigenen Administration zu entrichten hatte (19).

F. Sobald nun aber der Kläger oder sein Erbe wegen dieser seiner Forderung vollständig befriedigt ist, (si satisfactum est) werden sämmtliche Beklagte liberirt (20). Eine solche Satisfaction liegt aber vollständig nur in der Zahlung der ganzen Summe oder des ganzen Judicats von Seiten des einen Beklagten (21), dergestalt, daß die übrigen nun auch nicht mehr wegen ihrer eigenen oder gemeinschaftlichen Arglist oder Administration in Anspruch genommen werden können. — Dagegen liegt sie in einer Remission durch Testament, Transact oder pactum nur beschränkt. Denn dadurch wird zwar der Liberirte selbst, soweit er liberirt ist, frei (22), und auch die übrigen können bis so weit aus seinen Handlungen nicht mehr wirksam belangt werden, so daß die Liberation (abgesehen von dem Unterschiede, daß sie per exceptionem wirkt), bis soweit der Satisfaction ähnlich ist (23). Hingegen so weit er nicht liberirt ist und wegen eines gemeinschaftlichen Dolus oder gemeinsa-

(19) L. 7. §. 14. de adm. L. 2. C. de usur. pup.

(20) L. 45. in fin. de adm. L. 15. de tutelae. L. 13. §. 4. de pignorib.

(21) L. 76. de solut. L. 15. 21. de tutelae. L. 1. C. de contr. jud. tut. L. 25. de adm.

(22) L. 41. de adm. §. 181.

(23) L. 45. de adm. woselbst in der Mitte mit Haloander: quidam tractat gelesen und in dem Schlußsatze (da weder Prozeßverjährung noch das biennium legis Furiae, sondern blos die exceptio pacti gemeint ist), das Wort tempore entweder mit Cujac. Opp. post. T. II. p. 1162 gestrichen, oder vorher pubertatis eingeschaltet werden muß. Die Stelle handelt übrigens von zwei Vormündern, von denen Einer das beneficium excussionis hat. Ribbentrop Correalobligat. S. 72—83.

mer Verwaltung, nicht minder wegen eigener Administration und Culpa können der Liberation ungeachtet die Contutoren immer noch belangt werden (24). — Eben so wenig liegt in der Litiscontestation (conventio) oder Verurtheilung des einen Tutors eine Liberation der übrigen (25), obgleich dieses bei Bürgen vor Justinian der Fall war (26). Der Grund ist, weil die Obligation mehrerer Vormünder keine reine und einfache Correalobligation ist, sondern Jeder dem Pupillen wegen eigener Verschuldung haftet, mithin keine dieser Obligationen durch die andere consumirt werden kann (27).

B. Beneficium ordinis.

§. 162.

Quelle:

C. V. 55. Si tutor vel curator non gesserit.

Auf der andern Seite treten nun aber neben dieser solidarischen Convention bedeutende Milderungen ein. Zu diesen gehört zunächst ein gewisser substitutionis ordo (1) oder wie die Neuern sagen, das beneficium ordinis oder excussionis (2). Wenn nämlich unter mehrern solidarisch bestellten Vormündern einer gerirt hat, die übrigen aber nicht, so können die letztern nach dem Muster mehrerer Bürgen und

(24) L. 41. de adm. L. 1. C. de transact. L. 15. de tutelae.

(25) L. 18. §. 1. de adm. L. 1. §. 18. L. 15. de tutelae. L. 1. §. 43. deposit. L. 42. de adm. L. 3. C. de div. tut.

(26) L. 28. C. de fidej. Keller Litiscontest. §. 52.

(27) Vgl. bes. Ribbentrop Correalobligationen S. 71.

(1) L. 39. §. 11. de adm.

(2) L. 3. §. 2. 46. §. 6. de adm.

Magistratus, vermöge kaiserlicher Constitutionen z. B. von Caracalla, Alexander, Gordian und Diocletian (3), verlangen, daß zuvörderst der gerirende und dessen Erben (oft auch noch einige andere Personen) ausgeklagt werden (4). Die nähern Bestimmungen dieses Satzes sind folgende:

I. Dieses Recht steht vor Allen dem tutor honorarius (5), aber auch denjenigen zu, welche ohne obrigkeitliche Genehmigung einen gerens aus ihrer Mitte gewählt (6) oder sich selbst von der Administration dispensirt haben (7). Nur kann der honorarius auch noch die Excussion der Bürgen und Magistratus verlangen, während in den übrigen Fällen nur die des gerens allein statthaft ist. Nach Analogie der Vormünder ist es sogar auf die Verwalter städtischer Güter ausgedehnt worden (8).

II. Das Recht steht aber nur den cessirenden Vormündern in Rücksicht der gerirenden zu. Ueber diese Begriffe finden sich einige nähere Bestimmungen. Auf der einen Seite gilt nämlich der Vormund, welcher einem andern die Administration auftrug oder gegen Caution überließ, keineswegs als cessirend und hat unser beneficium nicht (9), auf der andern aber wird derjenige, welcher Einiges besorgte, auch nur in

(3) L. 1. §. 11. de tutelae. C. XI. 35. Quo quisque ord.

(4) L. 39. §. 11. 55. §. 2. de adm. L. 2. C. de hered. tut. L. 2. C. h. t. L. 8. C. de adm. L. 1. C. si tutor. reip. causa aberit. L. 3. C. de div. tut. Culm. Recht. IV. 14. 10. Preuß. Landr. §. 287.

(5) L. 3. §. 2. de adm.

(6) L. 3. C. de div. tut.

(7) L. 8. C. de adm.

(8) L. 3. pr. de adm. rer. ad civ.

(9) L. 55. pr. §. 2. de adm. L. 2. C. si mater indemn. L. 38. §. 20. de V. O.

Rücksicht des Besorgten und was zu dessen Vollendung mit gehört, nicht aber in Rücksicht der übrigen Angelegenheiten als gerirend betrachtet (10).

III. Endlich kann das beneficium excussionis nur dann geltend gemacht werden, wenn der gerirende Vormund solvend ist (11).

IV. Die Wirkung dieser Rechtswohlthat besteht darin, daß der cessirende Vormund der actio tutelae utilis eine defensio entgegenstellen kann, welche die Folge hat, daß die Klage so lange denegirt wird (12), bis es gewiß ist, daß der ausgeklagte gerens und dessen Erben ihn nicht befriedigen können (13).

C. Beneficium divisionis.

§. 163.

Quelle:

C. V. 52. de dividenda tutela et pro qua parte quisque tutorum conveniatur.

Eine zweite Milderung der solidarischen Convention enthält das beneficium dividendae actionis (1), d. h. die Rechtswohlthat, vermöge deren mehrere Vormünder verlangen können, daß der Kläger jeden von ihnen nur pro rata belange. In Rücksicht derselben müssen zwei Fälle unterschieden werden:

(10) L. 55. §. 3. de adm.

(11) L. 2. C. h. t. L. 3. C. de div. tut.

(12) L. 8. C. de adm.

(13) L. 6. C. arb. tut.

(1) L. 12. Rem. pup. L. 31. 38. pr. de adm. (periculi societas).

I. Wenn die Vormundschaft rechtsgültig unter Mehrere vertheilt ist (Thl. II. S. 240.), so kann jeder muneris particeps in der Regel nur für seinen Antheil an der Verwaltung belangt werden (§. 161.).

II. Aber auch in Ermangelung einer juristischen Theilung der Verwaltung, also wenn die Vormünder eigentlich in solidum haften müßten (2), fordert die aequitas arbitrii bisweilen eine Theilung der Klage. Wenn nämlich entweder Alle gemeinschaftlich gerirt oder Alle cessirt haben und Alle solvend sind, so können sie, wie mehrere Bürgen verlangen, auf Virilportionen belangt zu werden. Sind aber Einige nicht oder nicht völlig solvend, so fällt der Ausfall sogleich d. h. ohne Vorausklagung der Bürgen und Magistratus den übrigen zur Last, die dann aber freilich unter sich die Theilung der Klage verlangen können (3).

D. Beneficium cedendarum actionum.

§. 164.

Bearbeitungen:

A. Faber Conjectur. lib. XI. c. 9—11.

v. Lindelof im Archiv für civ. Prax. Bd. VII. N. 6. S. 109—125.

Endlich hat auch der im Fall der Insolvenz solidarisch in Anspruch genommene Vormund das sogenannte benefi-

(2) L. 55. pr. de adm. L. 2. pr. §. 2. C. de div. tut. Preuß. Landr. §. 288.

(3) L. 1. §. 10—12. de tutelae. L. 38. pr. §. 1. de adm.

cium cedendarum actionum, um seinen Regreß an die Collegen nehmen zu können.

I. Diese Rechtswohlthat setzt voraus, daß der Beklagte nicht für seine, sondern für seine Mitvormünder Schuld hat bezahlen müssen (depensum pro collega). Anwendungen sind diese:

A. Wer wegen eigener Contumacia aufs Ganze condemnirt wird, hat keinen Regreßanspruch, da sein Geriren allein hingereicht hätte, um allen Schaden abzuwenden (1).

B. Wer aus einem gemeinschaftlichen Dolus allein condemnirt wird, hat ebenfalls keinen Regreß gegen seine Collegen, weil eine societas oder communicatio damni ex maleficio nicht anerkannt wird (2).

C. Selbst wenn der Vormund nur wegen Culpa condemnirt wird, und diese ihm ausschließlich zur Last fällt, verliert er den Anspruch an seine Amtsgenossen (3).

II. Ist nun hiernach der zahlende Vormund zu einer Regreßnahme befugt, so fragt sich nur, mit welcher Klage diese durchzusetzen ist. Es kann sein, daß die Vormünder einander im Voraus ausdrücklich Indemnität promittirt und dafür Pfänder bestellt haben. Alsdann haben sie die actio ex stipulatu

(1) L. 38. §. 2. de adm. Unde quaeritur, an actiones pupillus ei, qui solus convenitur in alterum, pro parte scilicet, praestare debeat? Sed quum propria cuiusque contumacia puniatur qua fronte poterit hoc desiderare?

(2) L. 1. §. 4. de tutelae. L. 57. pro soc. L. 70. §. 5. de fidej. L. 35. §. 2. de C. E.

(3) L. 2. C. de mag. conv. Preuß. Landr. §. 289.

latu und hypothecaria gegen einander, vorausgesetzt, daß die Bedingung nicht ausgefallen, d. h. daß nicht im Augenblick der Beendigung der Vormundschaft die andern noch solvend gewesen sind (4). Ordentlicher Weise aber hat der Vormund selbst keine eigene Klage gegen die übrigen, denn eine Societät, wie die lex Apuleja sie unter Sponsoren und Fidepromissoren eingeführt hat oder eine besondere depensi actio (5) existirt unter mehreren Vormündern nicht. Dagegen stehen dem Kläger mehrere Klagen gegen die übrigen Vormünder sowohl, als gegen deren Bürgen, Erben, Väter und die Magistratus zu. Sobald ihm nun alle diese Klagen überflüssig werden, indem er von dem einen Beklagten vollständig klaglos gestellt werden soll, kann Letzterer deren Abtretung verlangen (6). Die Cession erfolgt dadurch, daß der Beklagte zum cognitor oder procurator in rem suam bestellt wird (7) und bewirkt, daß derselbe nunmehr mit einer intentio ex persona domini gegen sämmtliche Schuldner des Pupillen, auch die Magistratus (8) für ihre Antheile seinen Regreß nehmen kann. Nur das privilegium exigendi der actio tutelae geht nicht mit über, weil dieses blos der Person des Pupillen, nicht einmal dessen Erben zusteht (9). Dieses beneficium des Vormun-

(4) L. 39. §. 5. de adm. (Pap. lib. 5. resp.)

(5) Gajus III. 122.

(6) L. 1. §. 18. de tutelae. L. 2. C. de div. tut. L. 1. 2. C. de contr. tut. L. 6. C. arb. tut. L. 2. §. 9. de adm. rer. ad civ. pert. Actio autem quae propterea in collegam decerni solet, ei qui pro altero *dependit, ex aequitate* competet. (d. h. decernitur, da sie der Syndicus nicht cediren kann) vgl. §. 10. eod.

(7) L. 42. de adm. L. 1. C. de contr. jud. tut.

(8) L. 3. de mag. conv.

(9) L. 42. de adm. Mühlenbruch Cession. S. 548 ff.

des kann um so weniger bedenklich erscheinen, als es auf dem allgemeinen Grundsatz beruht, daß Jeder, der für einen Andern bezahlen muß, von dem Gläubiger Abtretung seiner Klage gegen diesen Andern verlangen kann, weshalb denn auch der Curator, welcher von dem abgehenden Tutor zu wenig einklagte (10) und der Tutor, welcher Schuldner des Pupillen auszuklagen versäumte die Cession der actio tutelae und beziehungsweise der actio calendarii (d. h. der condictio certi aus dem arcarium nomen) (11) fordern darf.

III. Soll indeß diese Cession etwas helfen, so muß in dem Augenblick, wo sie geschieht, dem Kläger noch eine Klage gegen die übrigen Vormünder oder die andern ihm aus der Vormundschaft Verpflichteten zustehen.

A. Wenn also der Beklagte bereits das Ganze, worauf er condemnirt ist, gezahlt hat (si judicatum fecit), so kommt er hinterher mit einem Cessionsgesuch zu spät, weil durch diese Zahlung der Kläger völlig klaglos gestellt, mithin seine Klage gegen die übrigen Vormünder zerstört ist (12). Es verhält sich nämlich hier ganz anders, wie in dem so eben erwähnten Fall, wenn ein Curator für den Tutor oder ein Vormund für einen Debitor zahlt. Denn in diesem letzten Fall sind zwei ganz verschiedene Forderungen da, von denen die eine durch Zahlung so wie überhaupt durch Zerstörung (13) der

(10) L. 20. §. 1. de tutelae (Pap. 2. resp.) citat. in L. 25. de adm. vgl. Keller über Litiscontest. und Urtheil S. 532. 580.

(11) L. 39. §. 6. de adm. L. 95. §. 10. de solut.

(12) L. 1. C. de contr. tut. L. 76. de solut.

(13) L. 23. de tutelae.

andern nicht consumirt werden kann. Hier ist also selbst nach der Zahlung von Seiten des Vormundes immer noch jene andere Klage übrig, deren Cession er daher selbst nach gänzlich beendigtem tutelae judicium noch mit der contraria tutelae actio fordern kann (14). In unserm Fall hingegen ist es eine und dieselbe tutelae actio, welche gegen sämmtliche Vormünder zusteht. Deshalb kann der in solidum Condemnirte zwar wohl nach der Litiscontestation, ja selbst nach seiner Condemnation, indem er gegen die letztere provocirt und in der Appellationsinstanz doli exceptio gebraucht, die Cession verlangen, weil weder durch Litiscontestation noch durch Urtheil die Klage gegen die andern consumirt wird; er würde sich hingegen zu spät melden, wenn er nach der Zahlung des Judicatum mit dem contrarium tutelae judicium noch Cession verlangen wollte, da, wie gesagt, der Kläger alsdann nichts mehr zu cediren übrig hat (15).

B. Ganz anders aber steht die Sache, wenn der Vermund die Forderung gegen die übrigen dem Kläger abgekauft hat. Ein Kauf ist aber abermal anzunehmen, wenn vor der Zahlung die Forderung entweder wirklich cedirt, oder doch wenigstens die Cession bedungen ist, und darin eben liegt der Rechtsgrund des Satzes, daß in diesen Fällen die Forderung durch nachherige Zahlung nicht zerstört wird (16).

(14) L. 95. §. 10. de solut.

(15) L. 2. C. de contr. jud. tut. L. 20. §. 1. de tutelae (Pap. lib. 2. resp.). Itaque si non judicium (leg. judicatum) a curatoribus factum est, per doli exceptionem curatores consequi poterunt eam actionem praestari sibi. L. 25. de adm. L. 76. de solut.

(16) L. 21. de tutelae. Cum pupillus tutelae actione contra

IV. Durch das beneficium cedendarum actionum wird der Anforderung der Billigkeit, dem für Alle condemnirten Vormunde gegen die übrigen den Regreß zu verschaffen, allerdings entsprochen. Es lassen sich indeß viele Fälle denken, in welchen theils durch Schuld des Condemnirten, der die Cession zu verabreden vergaß, theils ohne dieselbe z. B. weil in seiner Abwesenheit sein Defensor das Ganze bezahlt hat, die Cession nicht mehr wirksam ist. In diesen Fällen fehlt nun zwar ein allgemeines Rechtsmittel, allein es kann aus zufälligen Gründen auch hier eine Klage zustehen. Es läßt sich nämlich denken, daß der Tutor, indem er zahlt, das negotium seines Contutors gerirt, welches jedoch voraussetzt, daß er blos für seinen Contutor, nicht aus der gemeinschaftlichen Administration condemnirt ist und gezahlt hat. Alsdann hat er freilich, gleich dem Bürgen, welcher für den Hauptschuldner gezahlt hat, actio negotiorum gestorum contraria auf Ersatz seiner Auslagen (17). Allein wie ist es in

tutorem alterum, tutori, quem judex in solidum condemnavit, cessit, quamvis postea judicatum fiat, tamen actio data non intercidit: quia pro parte condemnati tutoris (leg. mit Voorda: non damnati tutoris cf. Schulting Notae T. IV. p. 482.) non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur. L. 76. de solut.

(17) Julian. in L. 30. de neg. gest. Ex facto quaerebatur: quendam ad siliginem emendam curatorem decreto ordinis constitutum, eidem alium subcuratorem constitutum siliginem miscendo corrupisse, atque ita pretium siliginis, quae in publicum emta erat, curatori, adflictum esse (d. h. der Curator sei verurtheilt worden, soviel als der Weitzen dadurch an Werth verloren hatte, der Stadt zu ersetzen). Qua actione curator cum subcuratore experiri possit, et consequi id, ut ei salvum esset, quod causa ejus damnum cepisset. *Valerius Severus respondit: adversus con*

den übrigen Fällen, in welchen die Bedingungen dieser Klage nicht vorhanden sind, z. B. wenn der Vormund ex communi gestu condemnirt ist und gezahlt hat? Hier stand früher keine Klage zu; nur durch in integrum restitutio konnte geholfen werden. Nach Constitutionen von Antoninus Pius, Sever und Caracalla soll indeß hier immer utilis actio gegeben werden(18). Welche Klage darunter zu verstehen sei, war früherhin sehr bestritten, doch geben sowohl richtige Vorstellungen von dem allgemeinen Verhältniß der utiles zu den mandatae actiones als ausdrückliche Zeugnisse(19) der Meinung, daß hier nicht actio negotiorum gestorum, sondern tutelae utilis zu verstehen sei das Uebergewicht. Das Verhältniß dieser Klage zur actio negotiorum gestorum ist übrigens nicht das, daß die letztere durch sie aufgehoben wäre, vielmehr concurriren beide electiv, sobald nur ex facto alieno gezahlt ward, mithin die Bedingungen der actio negotiorum gestorum vorhanden sind. Nur wird sie nicht häufig ge-

tutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam. Idem respondit, ut magistratui adversus magistratum eadem actio detur: ita tamen, si non sit conscius fraudis. Secundum quae etiam in subcuratore idem dicendum est. Der Zusammenhang ergiebt hinlänglich, daß nicht von actio n. g. directa, sondern contraria die Rede ist.

(18) L. 1. §. 13. de tutelae. Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones: constitutum est a Diuo Pio et ab Imperatore nostro et Diuo patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. L. 2. C. de contr. jud. tut. 213. (Caracalla).

(19) L. 2. §. 8. 9. de adm. rer. ad civ. pert. sagt ausdrücklich, daß dieselbe Klage, welche der Stadt gegen den Magistratus zusteht, dem Duumvir gegeben wird, der für seinen Collegen condemnirt ist und

wählt werden, da die actio tutelae wegen des ihr anklebenden Pfandrechts vortheilhafter ist (20).

γ. Von den Successoren des Beklagten.

A. Von den Erben.

§. 165.

Quellen:

D. XXXVII. 7. (de fidejussoribus et nominatoribus et) heredibus tutorum et curatorum.
C. V. 54. de heredibus tutorum et curatorum.

Bei der Frage nach der Verpflichtung der Successoren des Beklagten müssen wiederum die actio rationibus distrahendis und die übrigen Klagen aus der vormundschaftlichen Administration von einander getrennt werden.

I. Die actio *rationibus distrahendis* entspringt zwar aus einem Quasicontract, geht aber demungeachtet nicht gegen die Erben des Vormundes, da sie eine Pönalklage ist, und ein specielles Delict voraussetzt (1).

II. Die übrigen Klagen aus der wirklichen Vormundschaft, namentlich die actio tutelae und negotiorum gestorum können dagegen auch gegen die Erben gebraucht werden (2), nicht blos wenn wegen eines Versehens, sondern

bezahlt hat (dependit). Schulting Notae ad L. 1. §. 13. de tutelae. vgl. Mühlenbruch Cession §. 44. N. 7. S. 461.

(20) L. 1. §. 13. cit. Azo ad L. 2. C. de contr. tut. Schulting ad Dig. T. IV. p. 475. ad L. 1. §. 13. cit.

(1) L. 1. §. 23. de tutelae. vgl. L. 49. de O. et A.

(2) L. 1. §. 16. de tutelae (a. tutelae) L. 17. C. de neg. gest. (a. utilis curationis causa.)

auch wenn wegen eines Dolus oder Delicts geklagt wird, weil das Delict doch wenigstens nicht speciell in der Intentio hervortritt (3). Der nähere Umfang der Klagen hängt jedoch davon ab, ob der Erbe aus einer Succession in das Judicium, oder aus einer Succession in die Obligation seines Erblassers, oder aus seinen eigenen Handlungen belangt werden soll.

A. Ist gegen den Vormund selbst geklagt worden und dieser hat das Judicium bereits übernommen, so wird dasselbe ganz so auf den Erben transferirt, wie es der Vormund selbst promittirt hatte (4). Eine wichtige Anwendung dieses Grundsatzes ist, daß die gleich zu erwähnenden Rechtswohl-

(3) L. 49. de O. et A. Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur: licet delictum quoque versetur, veluti quum tutor in tutela gerenda dolo fecerit. L. 12. eod. Ex depositi .... et tutelae et negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur. L. 8 §. 1. h. t.

(4) L. 8. § 1. de fidej. tutorum. Paulus respondit, tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat, se instrunmenta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bonae fidei judiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. Sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum (d. h. Man könnte einwenden, daß nach Constitutionen Gordian's und Caracalla's die Erben wegen dieses Dolus ihres Erblassers, wenn sie selbst in bona fide sind, also ihnen kein eigener Dolus zur Last fällt, nicht condemnirt werden sollen. — Mißverstanden sind diese Worte von Hasse Culpa S. 370 und Zimmern Geschichte S. 941. §. 249. init) hoc tamen observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuuntur. — Preuß. Landr. §. 294.

thaten des Erben hier wegfallen, so daß in diesem Fall auch wegen nicht errichteter oder nicht vorgefundener Inventarien und Vormundschaftsrechnungen das jusjurandum in litem gegen den Erben zugelassen wird (5) und dieser auch wegen levis culpa oder negligentia des Erblassers condemnirt werden kann (6).

B. Wird hingegen allererst gegen den Erben Klage erhoben, so succedirt dieser zwar nicht in das judicium, aber allerdings in die obligatio tutelae und negotiorum gestorum des Erblassers. Indeß hat diese Regel, da sie in ihrer ganzen Strenge angewendet, gegen die bonae fidei-Natur der vormundschaftlichen Klagen verstoßen würde, durch Constitutionen von Caracalla und Gordian zwei wichtige Modificationen erlitten.

1. Die erste derselben bezieht sich auf einen einzelnen Fall des Dolus. Wenn der Tutor kein Inventar errichtet und keine Rechnung geführt hat, oder wenn er das wirklich errichtete nicht herausgeben will, so ist dieses ein Dolus. Die Folge davon ist, daß der Tutor, wie in allen Klagen, die ein arbitrium de restituendo oder de exhibendo haben, nach dem jusjurandum in litem des Klägers condemnirt werden kann. Da nun in allen bonae fidei judiciis auch der Erbe aus dem Dolus des Erblassers, ganz so wie dieser, belangt werden kann, so müßte der Strenge nach dasselbe auch in unserm Falle angenommen werden. Hier aber soll, wenn der Erbe

(5) L. 8. §. 1. cit. L. 4. C. de in litem jur. (Gordian.)

(6) L. 4. de mag. conv. L. 39. §. 6. de adm. L. 1. C. de hered. tut.

nur deshalb nicht exhibirt, weil er die vormundschaftlichen Papiere im Nachlasse nicht vorgefunden hat und auch nicht weiß, wo sie sich befinden, der Eid wegfallen und die litis aestimatio nach dem wirklichen auf andere Weise bewiesenen Schaden des Klägers gemacht werden (7). Der Grund dieser Begünstigung liegt darin, weil in dem in Rede stehenden speciellen Fall die actio tutelae im Grunde nur eine actio ad exhibendum oder in factum auf Urkundenedition ist, bei diesen letztern Klagen aber in der That aus Gründen der Billigkeit die genannte Milderung eintritt (8). Daher erklärt es sich zugleich, weshalb in den übrigen Fällen des Dolus die Klage auf das Ganze gegen die Erben gegeben wird (9).

2. Eine zweite Abweichung von der Regel tritt bei levis culpa ein (10). Der Erbe kann nämlich nicht wegen levis culpa oder negligentia des Tutors belangt werden (11).

(7) L. 8. §. 1. h. t. L. 2. 4. 5. C. de in lit. jur. (213. 239.)

(8) L. 13. de edendo. L. 12. §. 6. ad exhibendum.

(9) L. 39. §. 6. de adm. L. 2. C. de hered. tut.

(10) L. 2. 4. C. h. t. L. 1. §. 1. h. t.

(11) L. 4. de mag. conv..... nam nec heres tutoris *negligentiae nomine* tenetur. L. 17. C. de neg. gest. Curatoris etiam successores negotiorum gestorum utili conventos actione, tam *dolum*, quam *latam culpam* praestare debere — convenit. L. 39. §. 6. de adm. Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres ejus, postea victus, praeteriti temporis periculum praestabit, quia *non videtur levis culpa*, contra juris auctoritatem mandatum tutelae officium detractare. vgl. L. 2. Si tutor vel cur. (49. 10.) — Preuß. Landr. §. 293. Abweichend sind die Stat. von Frankfurt. Leonhardi S. 103. und das Lüneb. Stadtr. VII. 1. p. 757., nach welchem letztern die Erben, wenn der Pupill zwei Jahr nach geendigter Vormundschaft nicht geklagt hat, gar nicht mehr haften.

Der Grund dieser Begünstigung liegt wohl in Folgendem. Der Vormund selbst kann zwar wegen levis culpa condemnirt werden, aber er kann sich mit diligentia quam suis rebus adhibet entschuldigen, und der Beweis dieser Entschuldigung kann ihm selbst nicht schwer fallen. Dem Erben aber würde derselbe bei seiner Unbekanntschaft mit der Administration seines Erblassers so gut wie unmöglich sein. Wollte man demnach den Erben wegen derselben Culpa, wie den Erblasser in Anspruch nehmen, so würde man ihn bei Weitem härter behandeln, wozu doch in der That kein Grund vorhanden wäre. Es bleibt also nichts übrig, als den Anspruch wegen levis culpa gegen ihn ganz fallen zu lassen (12).

Von dieser Regel soll nun aber eine bekannte und bestrittene Stelle des Codex mehrere Ausnahmen enthalten:

L. 1. C. h. t. Impp. Sever. et et Antonin. A. A. Fusciano. Heredes tutorum ob negligentiam quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit. P. P. Id. Mart. Laterano et Rufino Coss. 198.

Ueber die offenbar theils unbedeutenden, theils unrichtigen Varianten hat sich Hasse ausführlich verbreitet (13).

(12) Hasse Culpa. § 75. S. 365 ff.

(13) Die wichtigste würden latae culpae Statt non latae culpae sein, wofür man die Auctorität der Basiliken anführt, die aber schon durch die eigenen Scholien beseitigt wird. vgl. Basil. Tom. V. L. XXXVIII. t. 7. const. 9. p.

Derselbe Schriftsteller giebt eine umständliche kritische Uebersicht der ältern Erklärungen unserer Stelle, deren Unhaltbarkeit er größtentheils befriedigend dargethan hat. Seine eigene Ansicht aber läuft darauf hinaus, daß in den beiden letzten Ausnahmen des Rescripts nicht von einem Dolus oder einer lata culpa, sondern von einer bona fide gemachten Bereicherung oder erwiesenen Gunstbezeigung also höchstens von einer levis culpa die Rede sei, die dann freilich den Erben, ungeachtet sie der Regel nach nur lata culpa prästiren nicht erlassen werden dürfe, weil sie jede Bereicherung aus der Tutel herauszugeben verpflichtet sind (14). — Gegen diese Erklärung ist jedoch von Andern bereits erinnert worden, daß sich theils nicht einsehen läßt, wie ein Tutor, der das Vermögen des Pupillen kennt und kennen muß, in diesen Fällen in bona fide oder in levi culpa sein kann, theils aber die Ausdrücke lucrum captatum und gratia praestitum offenbar auf etwas Bewußtes, Absichtliches, also Dolusartiges hinweisen (15). — Die Hauptschwierigkeit bei der Erklärung dieser Stelle hat man sich offenbar dadurch gemacht, daß man sie als ein Stück einer wissenschaftlichen Theorie der Culpa betrachtete und deshalb eine schulgerechte Darstellung der Regel und Ausnahmen in dieser Lehre von ihr erwartete, während sie doch nichts weiter ist, als eine Antwort auf den einzelnen von Fuscianus, vermuthlich dem Kläger, in seiner Anfrage vorgelegten Rechtsfall. Offenbar betraf diese Anfrage ein Ge-

104. mit L. XXXVIII. t. 7. Schol l. p. 107. Gratis Statt gratia am Schluß ist offenbar fehlerhaft.

(14) L. 4. C. de hered. tut.

(15) L. 13. de reb. eor. L. 54. §. 1. de furt. L. 8. §. ult. mand

schäft des gewesenen Tutors, welches an sich erlaubt war und keine offenbare lata culpa oder Dolus enthielt, aber unter den gegenwärtigen Umständen dem Pupillen nachtheilig geworden war, folglich jeden Falls auf einer negligentia des Vormundes beruht hatte, wie z. B. Repudiation einer dem Pupillen vortheilhaften Erbschaft. Die Kaiser rescribiren nun: Wegen dieser Repudiation, die zwar anerkannt eine negligentia des Tutors enthalte, weil etwa die Erbschaft reich gewesen war, aber durchaus auf keinem erwiesenen Dolus oder lata culpa beruhe, könne Kläger keine Condemnation der Erben erlangen, es wäre denn, daß er bereits gegen den Erblasser geklagt habe, in welchem Fall er bei offenbarer negligentia keinen weitern Beweis zu führen brauche, oder aber, daß er, wenn er allererst die Erben belange, den Beweis eines Dolus oder einer lata culpa des Erblassers übernehme d. h. daß er etwa in dem gewählten Beispiel erweise, der Erblasser habe die Erbschaft deshalb repudiirt, um sie sich selbst oder einem Dritten, als Substituten des Pupillen zuzuwenden. — Das Resultat dieser Erklärung, von welcher das Wesentliche sich schon bei Anton Faber, und in neuerer Zeit bei Glück und Francke (16) findet, ist also, daß es außer dem Fall der Litiscontestation gegen den Erblasser, von dem über Culpa ausgesprochenen Grundsatze gar keine wahre Ausnahme giebt.

C. Sollen aber endlich die Erben nicht aus der Succession, sondern aus ihren eigenen Handlungen belangt wer-

(16) A. Faber Conj. jur. civ. Abth. 1. S. 12—15. Glück's lib. 1. c. 12. Francke Beiträge. Comm. Bd. XXX. S. 269—300.

den, so entsteht vor allen Dingen die Frage nach der actio, mit der dieses möglich sein soll. Da nämlich das vormundschaftliche Amt selbst niemals Gegenstand einer Succession sein kann (Thl. I. S. 7. 195.), so mögte man glauben, aus eigenen Handlungen des Erben könne zwar wohl die gewöhnliche actio negotiorum gestorum, oder wenn er die vormundschaftliche Administration fortzuführen beachsichtigt, actio protutelae, niemals aber actio tutelae oder curationis, gegeben werden (17).

Nun ist es freilich richtig, daß die Tutel und Curatio mit dem Tode untergeht, allein dieser Untergang bezieht sich nur auf die eigentlichen Amtsrechte des Tutors, so daß z. B. der Erbe keine alienandi potestas mehr hat, folglich an Sachen des Mündels, welche er veräußert, kein Eigenthum übertragen kann (18). Dagegen verhält es sich mit den Amtspflichten und der Verbindlichkeit aus der Vormundschaft ganz anders.

Zuvörderst nämlich ist es Grundsatz geworden, daß der abgehende Tutor, nicht nur, wenn er angefangene Geschäfte nach Beendigung der Vormundschaft vollendete, sondern auch wenn er sie nicht vollendete, tutelae belangt werden kann, weil das Geschäft noch als connex oder als Theil der Tutel

(17) L. 6. §. 6. de his qui not. infam. (Ulp. 9. ad ed). Non tamen in tutela vel pro socio heres suo nomine damnari potest: quia heres neque in tutelam neque in societatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti.

(18) L. 1. C. Si quis ignorans rem min. esse, sine decreto comparaverit. L. 17. C. de neg. gestis.

betrachtet werden muß. Ganz dasselbe muß nun auch vom Erben gelten, der mit dem Tutor als eine Person gedacht wird (19), vorausgesetzt, daß er mündig (nach Justinian großjährig) und männlichen Geschlechts ist, denn Minderjährigen und Frauen kann freilich die Betreibung juristischer Angelegenheiten nicht zugemuthet werden. Gesetzt also z. B. der Tutor hat eine Appellation eingewendet, so kann gegen den Erben wegen unterlassener Rechtfertigung tutelae geklagt werden, vorausgesetzt, daß dieses nicht schon gegen den Tutor selbst geschah, in welchem Fall freilich die actio tutelae consumirt ist (20).

Mehr freilich, als die Vollendung des Begonnenen wird von dem Erben nicht verlangt. Hat er aber freiwillig mehr gethan und die Administration fortgeführt z. B. Geld ausgeliehen, welches er in dem Gewahrsam seines Erblassers vorfand, oder Capitalien eincassirt, die letzterer auslieh, oder hat er unerlaubte Handlungen begangen, z. B. vorgefundene Gelder, Inventarien und Vormundschaftsrechnungen unterschlagen, so kann er wegen aller dieser Handlungen nicht blos protutelae und negotiorum gestorum sondern auch tutelae

(19) L. 60. de adm. Si tutoris heres exsecutus est, quae tutor inchoavit, tutelae etiam eo (leg suo) nomine tenetur. — Pomp. lib. 17. ad Sab. L. 1. pr. h. t. vgl. mit Pomp. eod. lib. L. 40. pro socio. Quamvis heres tutoris tutor non est (L. 40. Heres socii quamvis socius non est) tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitimae aetatis et masculus sit, (fehlt in L. 40.) explicari debent: in quibus dolus ejus admitti potest.

(20) L. 27. de app. L. 1. §. 1. Si pend. app. mors. interv.

belangt werden (21). Auch aus zufälligen Gründen, nämlich durch die blos factische exhibendi und restituendi facultas wird er tutelae obligirt (22), denn alle diese Handlungen und Thatsachen gehören in der Person des Erben des Tutors, welcher mit diesem identificirt wird, offenbar mit in's tutelae judicium. Dagegen würde, wenn nicht der Erbe selbst administrirt hätte, sondern des Erben Vormund, nur gegen diesen letztern actio negotiorum gestorum (23), und wenn der Erbe selbst eine nicht zur vormundschaftlichen Administration gehörende Handlung begangen hätte, z. B. Gelder in Besitz genommen, die in des Pupillen, nicht in des Tutors Gewahrsam lagen, ebenfalls keine actio tutelae sondern nur eine utilis actio gegen ihn gegeben werden können (24).

So weit übrigens die actio tutelae gegen des Vormundes Erben gegeben wird, hat sie dieselbe Natur, wie gegen den Vormund selbst. Unter andern gilt das jusjurandum in litem unter den nämlichen Voraussetzungen, nämlich wegen Dolus und culpa lata im Nichtexhibiren der in der Erbschaft aufgefundenen vormundschaftlichen Papiere (25). Eben so tritt dieselbe Verbindlichkeit (26) zur Zinszahlung ein, wie bei jener. Blos in Hinsicht auf Dolus und Culpa gelten auch hier einige Eigenthümlichkeiten.

Wenn nämlich der Erbe wegen Dolus condemnirt wird,

(21) L. 4. pr. h. t. L. 3. C. eod. L. 17. C. de neg. gest.

(22) L. 1. §. 1. h. t. L. 4. C. eod.

(23) L. 31. §. 5. de neg. gest.

(24) L. 1. §. 1. h. t.

(25) L. 4. pr. h. t. L. 1. 2. 4. C. de in lit. jur.

(26) L. 4. §. 2. h. t. L. 7. §. 13. de adm.

trifft ihn keine Infamie, denn wiewohl er suo nomine verurtheilt ist, so ist er es doch nicht als Tutor und Beides muß zusammentreffen, um Infamie zu begründen (27).

Ferner braucht der Erbe für negligentia, d. h. für levis culpa nicht einzustehen (28). Viele unter den neuern Juristen beziehen zwar diesen Satz lediglich auf die Vollendung angefangener Geschäfte, während sie bei der eigenen fortgesetzten Administration des Erben allerdings dessen Verpflichtung, auch für levis culpa einzustehen, behaupten, da er in dieser Beziehung als negotiorum gestor oder als protutor zu behandeln sei, mithin wenigstens dieselbe fides und diligentia prästiren müsse, wie der Tutor selbst (29). Doch scheint dieser Unterschied der historischen Ausbildung des eigenthümlichen Verhältnißes der Erben auf den Grund des jusjurandum in litem nicht gemäß zu sein, wie er denn jedenfalls den Quellen fremd ist.

Der Erbe des Protutors wird wegen Unterlassung connexer Administration haften müssen wie der Protutor selbst, wegen eigener Administration nach den Grundsätzen der negotiorum gestio (30). Wegen Cessation aber haftet

(27) L. 6. §. 6. de his qui not. (Ulp.) vgl. mit L. 4. h. t. (Ulp.)

(28) L. 4. pr. § 1 h. t. . . . apparet eum judicio tutelae teneri ex dolo proprio §. 1. Negligentia plane propria heredi non imputabitur. L. 4. de mag. conv. Non similiter tenentur heredes magistratuum ut ipsi tenentur, nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur: nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est.

(29) L. 72. pro soc. L. ult. C. de susp. tut.

(30) L. 4. de eo qui pro tut. F. G. Zoller D. de culpa ab heredibus tutorum . . . praestanda Lips. 1779. §. 19—23.

tet (31) der Erbe eines falsus tutor so wenig, wie der Erblasser selbst (32).

B. Andere Successoren.

§. 166.

So viel von der Verpflichtung der Erben, deren Verhältniß allein unter allen Successoren ausführlich in den Quellen behandelt ist. Ueber die Verhältnisse der übrigen Successoren finden sich nur zerstreute Notizen und diese beziehen sich wiederum nur auf die generellen Klagen, da die actio rationibus distrahendis gegen sie eben so wenig wie gegen die Erben gegeben wird (1).

I. Im Fall der maxima capitis deminutio geht die Klage gegen den Tutor selbst unter und lebt auch nicht durch eine indulgentia generalis sondern nur durch specielle Restitution des Status und Vermögens wieder gegen ihn auf (2); wohl aber kann sie gegen den Fiscus gerichtet werden, welchem das publicirte Vermögen anheimfällt (3). Ein Beispiel liefert die damnatio ad metalla, während die feindliche Gefangenschaft des Tutors, obgleich sie ihn zum Sclaven macht und die Tutel beendigt, dennoch nicht sofort eine Succession veranlaßt, sondern den Zustand des Vermögens unentschieden läßt, so daß die actio tutelae gegen den curator bonorum oder die freiwilligen Defensoren in demselben Maaße wie gegen den Tutor selbst erhoben werden kann (4).

(31) Hasse's Culpa S. 344. N. a.

(32) L. 8. pr. h. t.

(1) L. 1. §. 23. de tutelae.

(2) L. 4. C. de sent. pass.

(3) L. 5. C. de bonis proscript.

(4) L. 7. §. 1. L. 8. de tutelae.

II. Gleicherweise geht im Fall der media capitis deminutio oder der Publication des Vermögens ohne capitis deminutio z. B. bei der Verurtheilung wegen vis privata die Klage gegen den Fiscus so weit als er das Vermögen vindicirt hat z. B. in dem eben genannten Fall auf ein Drittheil (5).

III. Minima capitis deminutio hebt in der Regel die Tutel mit Ausnahme der legitima nicht auf, eben so wenig geht die actio tutelae, als in bonum et aequum concipirt, durch diese capitis deminutio unter.

δ. Stellvertreter des Beklagten.

A. Vom Hausvater des Beklagten.

§. 167.

Eine Vermehrung der Beklagten in der actio tutelae, negotiorum gestorum und protutelae tritt auch noch in dem Fall ein, wenn der Administrator fremder Gewalt unterworfen war.

I. So viel hier die *eigene Verbindlichkeit* des Administrators anlangt, so findet, wenn derselbe als *Sclav* das Vermögen des Pupillen administrirte, eine solche überall nicht Statt (1). War dagegen der Vormund *Haussohn*, so wird er civiliter obligirt und kann mit den betreffenden Klagen direct in Anspruch genommen werden, nur daß er, wie aus jedem Gestum während der väterlichen Gewalt, blos in quantum facere potest condemnirt wird. Eine merkwürdige Anwendung findet dieser Grundsatz, wenn der Sohn

(5) L. 9. §. 6. de tutelae. L. 2. C. ad L. Jul. de vi.

(1) L. 37. pr. §. 1. de adm.

während der Dauer der Administration emancipirt wird. Da nämlich nach der Meinung des Sabinus und Cassius der Tutor aus jedem Act der Administration besonders obligirt wird, so muß er in unserm Fall offenbar aus den Geschäften, die er noch als Haussohn vornahm, nur in quantum facere potest, aus den Acten hingegen, welche er bereits als paterfamilias vollzog, in solidum obligirt worden (2). Es verhält sich in diesem Falle also ungefähr wie mit einem Sclaven, der vor und nach seiner Manumission negotia gerirt; indem auch dieser vorher gar nicht, nachher aber civiliter obligirt wird (3).

II. Der Herr und Vater hingegen haftet als gesetzlicher Vertreter des Sclaven oder des Haussohns, wie für alle Handlungen desselben, so auch für dessen vormundschaftliche Administration; jedoch für diese nicht nach den Grundsätzen der Noxalklagen, sondern nach denen der rechtlichen Willenshandlungen, da selbst im Fall eines Dolus des Sclaven oder Sohnes die eigentliche causa obligandi immer doch ein Gestum bleibt (4). Sobald aber der Sclav manumittirt oder

(2) Julian L. 11. de tutelae. Papinian L. 37. §. 2. de adm. Paullus sagt zwar in L. 4. §. 1. de tutelae: Filium familias emancipatum si tutelam administret, etiam *directo* teneri Julianus putat. Das Citat beweist aber, daß er blos *in solidum* meint. — Nach der Meinung der Proculianer muß der Sohn aus der ganzen Administration nur in quantum facere potest gehaftet haben, da die allein entscheidende causa obligandi, die Uebernahme der Administration, in die Zeit der Hausunterthänigkeit fiel. Cujac. ad L. 37. de adm. Opp. post. T. I. p. 317 seqq. Dirksen Beitr. Abh. 1. Cap. 1. §. 2. N. VI. S. 98 ff.

(3) L. 37. §. 1. de adm.

(4) L. 49. de O. et A. vgl. mit Thl. II. S. 295 Note 12.

der Sohn emancipirt ist, fällt natürlich die Vertretungspflicht der spätern Handlungen desselben mit ihrem Grunde hinweg (5).

A. Der Herr oder Vater haftet demnach zunächst *de peculio*, d. h. er wird wegen dessen, was der Sohn aus der Administration der Tutel schuldig ist, oder was der Sclav schuldig sein würde, wenn er ein freier Mensch wäre, condemnirt auf so viel, als nach Abzug der Forderungen des Herrn oder Vaters in dessen Peculium vorhanden bleibt. Die Formel mag demnach etwa folgende gewesen sein: Quod — N. N. Auli Agerii tutelam (oder negotia oder pro tutore prove curatore negotia) gessit, quidquid ob eam rem N. N. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona ejus, (oder: dare facere oporteret si liber esset) (6) id judex patrem vel dominum Ni. Ni. Ao. Ao. peculio tenus condemnato. Da jedoch der Vater nur für dasjenige haftet, was der Sohn als filiusfamilias that, nicht aber für dessen Handlungen nach der Emancipation, so muß in die Intentio die Bestimmung der Zeit, während welcher der Sohn noch als filiusfamilias administrirte, mit aufgenommen werden, weil sonst der Vater wegen der ganzen Gestio des Sohnes peculio tenus condemnirt werden würde. Die Formel würde demnach etwa so zu concipiren sein: Quod N. N. *quum filiusfamilias*

(5) L. 37. §. 2. de adm. L. 6. de tutelae.

(6) L. 52. pr. in fin. de pecul. Quia de peculio actio deficit, *utilis* actio in dominum *quasi tutelae* erit: ut quod ille pro patrimonio habuit peculium intelligatur. L. 1. §. 2. de eo qui pro tut. Proinde et si servus quasi tutor egerit, D. Severus rescripsit, dandum in dominum *judicium utile*.

esset, tutelam s. negotia A. A. gessit, quidquid ob eam rem N. N. Ao. Ao. d. f. o. u. s. w. (7) — Die Zeit, in welcher diese Klage gebraucht werden muß, ist unbeschränkt, wenn zur Zeit der Beendigung der Tutel die väterliche Gewalt noch fortdauert; nur kann freilich der Tutor selbst sie gegen seinen eigenen Vater niemals anstellen, da die actio tutelae nicht (wie andere Klagen des Pupillen) vor der Pubertät gebraucht werden darf und da nach Beendigung der Tutel der Tutor nichts mehr in's Judicium deduciren, auch ohnehin nicht gegen seinen eigenen Vater klagen kann (8). Wenn aber die Tutel erst nach der Emancipation beendigt wird, so ist die Klage an die Frist eines annus utilis gebunden, die jedoch, eben weil das Jahr ein utilis annus ist und die Tutelklage während der Vormundschaft nicht gebraucht werden kann, hier nicht von der Emancipation, sondern von der Pubertät an berechnet wird (9).

B. Außer der actio de peculio geht aber natürlich auch die actio de in rem verso gegen den Vater, so weit er aus des Sohnes Administration reicher ist (10).

C. Endlich kann es auch geschehen, daß der Vater in solidum haftet, wenn er nämlich in die Administration des

(7) L. 37. §. 2. de adm. in fin. Quodsi superioris temporis nomine patrem de peculio pupillus convenire maluerit —, ne capiatur pater, *inducta totius temporis causa*, tempus, quo filiusfamilias tutelam gessit, *comprehendendum* erit.

(8) L. 12. de tutelae: filius autem tutor propter hoc suum factum cum patre agere non potest ante pubertatem: quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest.

(9) L. 37. §. 2. de adm. L. 11. de tutelae.

(10) L. 21. de adm. L. 1. C. Quod cum eo.

Sohnes consentirt oder die Tutel agnoscirt hat (11). Eine solche Agnition liegt aber freilich in der Regel noch nicht in dem bloßen Wissen des Vaters um die Tutel seines Sohnes oder in der Erklärung seiner Zufriedenheit mit diesem Amte oder der Ermahnung darin gewissenhaft und fleißig zu sein, sondern erst in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung die Gefahr übernehmen und für den Sohn einstehen zu wollen (12). Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn der Vater einwilligt, daß der Sohn zum Decurio gewählt wird und letzterm nachher in dieser Eigenschaft eine Tutel übertragen wird, denn es ist allgemeiner Grundsatz der Römischen Stadtverfassung, daß der Vater, welcher in den Decurionat seines Sohnes consentirt gleich einem Bürgen für die Ansprüche aus jedem munus publicum haften muß, welches dem Sohne als Decurio übertragen wird (13).

B. Von andern Stellvertretern des Beklagten.

§. 168.

Außer diesen gesetzlichen Stellvertreten können aber auch noch andere gewöhnliche Defensoren des Vormundes vorkommen, deren Verhältniß nach den allgemeinen Grundsätzen der Procuratur und Defension zu beurtheilen ist. Namentlich werden in der Condemnatio sie selbst genannt, nur mit ihnen wird lis contestirt und nur sie condemnirt, während durch ihre

(11) Paull. 1. 4. §. 6.

(12) Beispiele in L. 7. de tutelis. L. 21. de adm.

(13) L. 1. C. Quod cum eo qui in al. pot. L. 2. pr. ad municip.

Prozeßführung nach den bekannten Grundsätzen nur der Vormund selbst repräsentirt wird (1). Auch der allgemeine Grundsatz (2), daß keinem eine actio alieno nomine gegeben wird, wenn er nicht den Dominus gegen andere Ansprüche zu defendiren bereit ist, kann hier zur Anwendung kommen. So wird z. B. wenn der Tutor des Pupillen Creditor war (Thl. II. S. 28.) und die Schuldforderung einem Dritten durch Fideicommiß hinterlassen hat, diesem Fideicommissar die mandata actio nicht anders gegeben, als wenn er die Erben gegen die actio tutelae defendiren will (3).

3. Zeit der Anstellung dieser Klagen.

§. 169.

Bevor wir nun zu den Leistungen in diesen Klagen übergehen, verdient der Anfangstermin derselben eine nähere Erwägung.

I. Für sämmtliche Klagen aus der Tutel (1) gilt in

(1) z. B. L. 22. de tutelae. Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit. L. 2. C. si plures una sent.

(2) L. 33. §. 3. de proc.

(3) L. 70. de proc. (Scaevola lib. 1. retp.). Pater filio suo pupillo tutorem dedit Sempronium, creditorem suum: is, administrata tutela, reliquit fratrem suum heredem: qui et ipse decessit et per fideicommissem nomen debitoris Titio reliquit, eique mandatae sunt actiones ab heredibus. Quaero, cum tam tutelae actio, quam pecuniae creditae ex hereditate Sempronii descendant, an non aliter mandata actio ei detur, quam si defendat heredes, a quibus ei actiones mandatae sunt. Respondi, debere defendere.

(1) Vgl. §. 151—156.

dieser Hinsicht als Regel: daß sie nicht vor Beendigung derjenigen Tutel gebraucht werden dürfen, aus welcher sie hervorgegangen sind — eine Regel, welche in Beziehung auf die actio rationibus distrahendis und tutelae directa durch die Parömie: pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse ausgedrückt werden soll (2).

In Anwendung dieser Regel wird daher während der Dauer der Tutel keinem unter den mehreren Tutoren Namens des Pupillen die actio gegen den Andern gegeben (3), auch der Beklagte nicht gezwungen, dieselbe zu übernehmen (4).

Eben so wenig reicht die bloße Beiordnung eines Curators hin, um die Klage zu begründen (5).

Dagegen kann aber, wenn der Pupill mündig geworden oder der Vormund gestorben, gefangen, capite deminuirt, einem abwesenden ein anderer Tutor substituirt, oder ein nur interimistisch bis zum gehörigen Alter des legitimus oder bis zum Eintritt der Bedingung der testamentarischen Tutel bestellter abgegangen ist, wirksam geklagt werden (6), weil in diesen und ähnlichen Fällen die Tutel wenigstens für diesen Pupillen wirklich beendigt ist, wenn sie gleich für die übrigen unmündigen Geschwister und Miterben desselben noch fortdauern sollte (7).

(2) L. 1. §. 24. L. 4. pr. L. 9. pr. §. 4. de tutelae „absurdum enim erat, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret."

(3) L. 12. pr. 19. 32. in fin. de adm.

(4) L. 9. §. 5. de tutelae.

(5) Gaj. I. 182. L. 9. §. 5. de tutelae. L. 8. C. de susp. tut.

(6) L. 4. pr. 7. §. 1. 8. 9. pr. — §. 3. 6. h. t. L. 3. §. 10. de susp. tut. (wo utilis actio so viel wie efficax bedeutet).

(7) L. 39. §. 17. de adm.

Hieraus erhellt aber auch zugleich, daß die Römische Parömie: pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse nur eine sehr ungenügende Bezeichnung unserer Regel enthält, wie auch die Römischen Juristen selbst bemerken. Denn wenn die Tutel, aus welcher die in Rede stehende actio tutelae oder rationibus distrahendis entstand, bereits beendigt ist, z. B. wenn der Pupill die actio tutelae ererbt hat, indem sein Tutor zugleich Tutor seines Erblassers gewesen war, oder wenn die actio tutelae aus einer frühern Geschäftsführung desselben Tutors herrührt, welcher jetzt zum zweiten Male des Pupillen Vormund geworden ist (8), so kann der Pupill (unter Beistand eines andern Vormundes) diese actio tutelae eben so gut gegen seinen jetzigen Tutor anstellen, wie etwa eine actio furti, oder eine condictio aus einem vom Vater des Pupillen empfangenen Darlehne, oder jede andere Klage und jener andere Vormund ist sogar zu dieser Anstellung verpflichtet (9). Jener Ausdruck ist also nur richtig, wenn die Tutel, aus welcher die actio herrührt, noch fortwährt.

Auch bei der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige kann die Ablegung der Schlußrechnung erst am Ende der Vormundschaft gefordert werden (10).

II. Dagegen können die Klagen aus der Cura auch schon während der Dauer der Administration gebraucht werden, welche Regel in mehreren Stellen der Pandecten wenigstens ganz allgemein ausgesprochen wird.

(8) L. 7. pr. L. 9. §. 4. h. t.

(9) L. 9. §. 4. 7. L. 10. h. t.

(10) Preuß. Landrecht. §. 861. Oesterr. G. B. §. 262.

L. 4. §. 3. de tutelae (Paullus lib. 8. ad Sab.). Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est, quae competit etiam dum negotia gerit, quia non idem in hac actione quod in tutelae actione, dum impubes est is, cujus tutela geritur, constitutum est.

L. 1. §. 3. de contrar. tut. (Ulpian. 36. ad ed). — Sed si pro tutore negotia gessit, vel etiam curam administravit, locus erit judicio etiam statim, quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit.

Diesen Behauptungen scheinen jedoch zwei Constitutionen des Codex geradezu zu widersprechen.

L. 2. C. de adm. tut. (Severus et Antonin.) Adversus curatorem adolescentis, cui collegae dati estis, quamdiu administratio communis durat, exerceri judicium non potest. (208).

L. 14. C. eod. (Philippus) Rationes curae administratae ante impletum quintum et vicesimum annum durante officio posci jure non posse, manifestum est. (246).

Die Glosse, Baldus, Ruinus und die ältere Doctrin überhaupt hält hiedurch wenigstens bei den Curatelen auf bestimmte Zeit das ältere Recht für aufgehoben (11), während Schacher und Zimmern sogar bei allen Curatelen die sogenannte generelle Klage auf Schlußrechnung erst

(11) Glossa, Baldus ad L. 4. §. 3. cit. Ruinus Consil. lib. 5 89. n. 14.

nach Beendigung des Amtes zulassen (12). Allein den Worten nach ist offenbar nur bei der cura minoris das ältere Recht geändert und damit stimmt auch der Umstand, daß eben nur diese Curatel sich in ihrer Natur der Tutel nähert und nur hier die Klage in dem oben (§. 155.) erwähnten Sinne utilis heißt, vollkommen überein.

III. Die Klagen aus der Protutel können jedoch nach wie vor auch während der Administration angestellt werden (13).

4. Grund der Klagen.

§. 170.

Auch in Hinsicht des Grundes der Klagen d. h. der demonstratio ist die actio rationibus distrahendis von den generellen Klagen beträchtlich unterschieden.

I. Die actio rationibus distrahendis bezieht sich nämlich auf eine specielle perfidia des Vormundes, nämlich auf Veruntreuung von Sachen und Geldern des Pfleglings (1), woraus sich das Officium Judicis in derselben von selbst ergiebt.

II. Die Generalklagen hingegen umfassen Alles, was der Kläger aus der Tutel, Curatel oder Protutel der bona

(12) Q. G. Schacher Disp. de utili curationes causa actione. Lips. 1735. 4. Zimmern Gesch. I. 2. S. 938.

(13) L. 1. §. 3. de eo qui pro tut. L. 26. de adm. L. 4. §. 2. Rem. pup.

(1) L. 2. pr. de tutelae. Actione rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli *abstulerit.* L. 55. §. 1. de adm. Paull. II. 30. §. 1.

fides gemäß zu fordern hat (§. 155.). Hier bedarf deshalb das Officium Judicis näherer Bestimmungen.

A. Was nun dabei die eigentliche *causa debendi* anlangt, so kommt nur die Schuld aus der Vörmundschaft selbst in's Judicium. Indeß darf man diesen Satz nicht so verstehen, als ob wegen keiner andern Schuld des Vormundes als wegen der durch die Vormundschaft unmittelbar contrahirten tutelae geklagt werden könnte. Denn es ist zwar richtig, daß wegen dessen, was der Vormund oder dessen Vater dem Pupillen oder dem Vater desselben etwa aus einer Bürgschaft (2), einem Mandat (3), Commodat, Depositum (4), Furtum, Injurie (5), einer frühern Vermögensverwaltung als Gestor (6) oder Protutor (7) oder ehe der Pupill geboren war (8), oder aus irgend einem andern Grunde schuldig ist (9), falls der Mündel es will und seinen Vortheil dabei zu finden glaubt, die betreffenden einzelnen Schuldklagen angestellt werden können. Allein zu gleicher Zeit kann wegen aller dieser einzelnen Posten auch tutelae geklagt werden (devolvuntur in tutelae judicium). Denn da der Tutor, als Verwalter des Vermögens, alle ausstehenden Forderungen des Mündels, insofern es einer verständigen Verwaltung gemäß ist, beitreiben muß, so muß er auch seine eigenen Schulden zu dessen Casse zahlen, besonders dann, wenn seine Vermögensumstände sich zu ver-

(2) L. 3. C. de hered. tut. L. 69. du fidej. Ueber letztere Stelle s. Thl. II. S. 305. Note 9.

(3) L. 9. §. 1. de adm.

(4) L. 5. de tutelae.

(5) L. 9. §. 7. eod.

(6) L. 35. §. 3. de neg. gest.

(7) L. 1. §. 5. de eo qui pro tut.

(8) L. 19. §. 2. de testam. tut.

(9) L. 5. §. 4. de adm.

schlechtern anfangen, mag nun die Schuld schon fällig sein oder nicht (Thl. II. S. 359. 360.), widrigenfalls er mit der actio tutelae auf das Interesse belangt werden kann. Dieser Satz ist practisch wichtig, weil die frühere Schuldklage oft nicht die Dauer (10), die Accessionen (11) und die Privilegien im Concurse hat, wie die actio tutelae (12). Eine unmittelbare Folge dieses Satzes ist es, daß alle jene speciellen Klagen, selbst die höchst persönlichen, obgleich sie der Strenge nach auch während der Tutel gegen den Tutor angestellt werden könnten (§. 169.), dennoch, um unnöthige Prozesse zu vermeiden, dem Pupillen denegirt werden, da die actio tutelae gegen den Tutor selbst oder gegen dessen Erben dem Kläger vollkommen genügt (13). Umgekehrt wird aus denselben Gründen die actio tutelae in die actio negotiorum gestorum devolvirt, wenn der Vormund nach geendigter Tutel zu admi-

(10) z. B. die actio ex sponsu nach der L. Furia L. 69. de fidej. — L. 9. §. 2. de adm.

(11) L. 9. §. 1. de adm.

(12) L. 35. §. 3. de neg. gest. L. 9. §. 1. de adm.

(13) L. 9. §. 7. L. 10. de tutelae. Ceterae actiones, praeter tutelae adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrat, veluti furti, damni injuriae, condictio. L. 10. Sed non dantur pupillo dum tutor tutelam gerit, quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum herede ejus *actionem* habet: quia sibi solvere debuit. Die letztere actio kann nach L. 69. de fidej. L. 35. §. 3. de neg. gest. und allen andern angeführten Stellen keine andere als die actio tutelae sein. So verstanden schon Cyrillus und Accursius ad L. 10. de tutelae die Stelle, und auch die Aeußerung der Basilic. T. V. p. 67. und p. 81. Schol. y. beweist nicht für eine gegentheilige Meinung. vgl. Glück XXXII. S. 237 ff. Ribbentrop Correalobl. S. 65. N. 7. Auf eine andere Weise scheint Thibaut Syst. §. 537. diese Stelle misverstanden zu haben.

nistriren fortfährt (14). Hiernach müssen denn schon im ältern Recht (Thl. II. S. 28.) Prozesse zwischen dem Mündel und Vormunde seltener vorgekommen sein, als man sich gewöhnlich vorstellt.

B. Was hiernächst die Dauer der Verwaltung anbetrifft, für welche der Vormund einsteht, so kommt die ganze Zeit der Administration desselben in's Judicium (15).

1. Kein Vormund haftet mithin für die Administration seines Vorgängers, z. B. des Vaters des Mündels, des Pfleglings selbst oder eines frühern Vormundes. Wenn also der Letztere die ausstehenden Forderungen zu rechter Zeit einzuklagen versäumte, so muß sie der Nachfolger zwar übernehmen, aber die Gefahr der Insolvenz kann ihm nicht zur Last gelegt werden, wenn er bereits entschieden insolvent gewordene Schuldner übernommen hat (16).

2. Eben so haftet er auch nicht für die Administration seines Successors, vielmehr übernimmt dieser, wie jeder Nachfolger (17) mit dem Amt auch alle Gefahr desselben, so z. B. die Gefahr der Capitalien, die bei der Uebernahme des Amts nicht entschieden schlecht standen und die er deshalb ohne Widerrede anerkannt hat (18) die Gefahr der Insolvenz

(14) L. 13. de tutelae. Paull. 1. 4. §. 2.

(15) L. 37. §. 2. in fin. de adm. L. 14. de tutelae.

(16) L 35. de adm. Tutor sive curator nomina, quae juste putat non esse idonea a priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo suo facere. vgl. L. 9. §. 9. de adm. res. ad civ.

(17) L. 4. de mag. conv.

(18) L. 44. pr. de adm. Qui nominibus a curatoribus prioribus *susceptis*, sive tutoribus, *nomina agnoverunt*, periculum

der Contutoren, welche im Augenblick der beendigten Tutel noch solvend waren (19) u. s. w.

3. Für seine eigene Administration haftet hingegen der Vormund in ihrer ganzen Ausdehnung. Seine Gefahr beginnt also (seit Marc Aurel) schon mit dem Augenblick, in welchem er von seiner Bestellung zum Vormund irgend woher sichere Nachricht erhalten hat (§. 160.), und endigt sich erst in demselben Augenblick, in welchem sein Amt aufhört (20). Setzt er also noch später als Curator oder als negotiorum gestor die Administration fort, so gehört die Verantwortlichkeit aus dieser spätern Verwaltung nicht mehr in's judicium tutelae, sondern negotiorum gestorum (21) (ein Satz, welcher besonders deshalb von practischer Wichtigkeit ist, weil mit der gewöhnlichen actio negotiorum gestorum Vieles nicht gefordert werden kann, worauf die actio tutelae geht). Denn es kann z. B. dem Geschäftsführer wohl zugemuthet werden, das was er selbst dem Pupillen aus der Tutel schuldig ist, zu dessen Casse zu zahlen und insofern wird die actio tutelae allerdings in die actio negotiorum gestorum mit hineingezogen (22); aber es kann ihm nicht die Gefahr späterer Insolvenz der pupillarischen Schuldner aufge-

in se transferunt. L. 19. de tutelae. Si probatum est nomen debitoris a novissimo curatore, frustra tutorem de eo conveniri. L. 15. de adm.

(19) L. 53. de adm. L. 1. C. de div. tut.

(20) L. 6. C. de peric. tut. L. 11. in fin. C. arb. tut. Anwendungen in Rücksicht der Prozesse. L. 6. §. 12. de neg. gest. L. 39. pr. §. 12. 43. pr. 47. §. 5. de adm. Thl. II. S. 451. N. 5:

(21) L. 13. 14. de tutelae. L. 37. §. 1. fin. de adm. Paull. 14. §. 2.

(22) L. 13. 14. de tutelae.

bürdet werden, da er gar kein jus agendi, also keine Mittel mehr hat, um von denselben zu rechter Zeit die Schulden einzuklagen und dadurch der Insolvenz zuvorzukommen, er müßte denn die Gelder des Pupillen auf seinen eigenen Namen ausgeliehen und sich selbst die actio erworben haben (23).

Jene Regel, daß die nach Beendigung der Vormundschaft fortgeführte Verwaltung nicht mit in's judicium tutelae gehört, bezieht sich jedoch nur auf eine selbstständige, von der frühern gesonderte Administration. Was hingegen mit der Tutel in so engem und untrennbarem Zusammenhange steht, daß es blos als Vollendung angefangener Geschäfte des Tutors erscheint, das gehört selbst dann wenn mittlerweile die Tutel zu Ende gegangen sein sollte noch in das judicium tutelae (24). Zwei wichtige Anwendungen dieses Satzes sind in einem andern Zusammenhange schon oben erwähnt worden.

a. Constitutionen von Marcus und Commodus schreiben vor, der abgehende Tutor solle seinen Mündel noch erinnern, sich einen Curator zu erbitten (Thl. I. S. 411.). Thut der

(23) L. 39. §. 12. L. 43. pr. de adm. L. 1. C. de div. tut. L. 6. §. 12. de neg. gest.

(24) L. 13. de tutelae. Et est verum ea, quae connexa sunt, venire in tutelae actionem. L. L. 37. §. 1. de adm.... et tutelae judicium eorum quoque rerum causa tenere placuit, quae post pubertatem administrantur, si posterior actus priori cohaereat, neque divisus propriam rationem habet. L. 11. C. arb. tut. Tutor post puberem aetatem puellae, si in administratione connexa perseveraverit: tutelae actione totius temporis rationem praestare cogitur. L. 3. §. 8. de contr. tut.

der Tutor dieses nicht, so kann er auch deshalb noch mit der actio tutelae belangt werden, indem dieselben Kaiser rescribiren, daß das Officium des Tutors erst mit Anstellung der Curatoren sein Ende erreiche, so daß sie offenbar diese Pflicht als mit dem officium tutelae connex angesehen wissen wollen (25).

b. Eine zweite Anwendung ist diese: So lange der Tutor oder Curator noch nicht Rechnung abgelegt und namentlich noch die Papiere des Mündels unter Händen hat, soll er, ebenfalls nach kaiserlichen Constitutionen, in den Prozessen des oder gegen den Pubes, diesem so wohl in erster als in den folgenden Instanzen mit seinem Rath und seiner Sachkenntniß zur Seite stehen. Im Unterlassungsfall kann gegen den Tutor noch tutelae, gegen den Curator negotiorum gestorum geklagt werden, weil die Ausführung schon begonnener Prozesse als mit der Tutel connex betrachtet werden muß (Thl. II. S. 463).

5. Ansprüche des Klägers.

a. In der Hauptsache.

§. 171.

Auch die Leistungen des Beklagten sind in den verschiedenen Klagen verschieden.

I. In der Specialklage auf distractio rationum geht die Intentio auf die doppelte Aestimation des unterschlagenen Gegenstandes, wobei die eine Hälfte Schadensersatz, die

(25) L. 5. §. 5. L. 33. §. 1. de adm.

andere Strafe ist (1). Eine pluris petitio hatte im ältern Recht den Verlust des ganzen Prozesses zur Folge (2).

II. Dagegen sind die Generalklagen auf ein Incertum und zwar in der Hauptsache auf Rechenschaft (redditio rationum) gerichtet. Unter reddere rationes versteht aber das Römische Recht im Allgemeinen zwei verschiedene Obligationen, von denen die erste in faciendo, nämlich in der **Edition** der die Verwaltung betreffenden Urkunden (3), die zweite aber in dando, nämlich in Ausantwortung der reliqua d. h. dessen besteht, was der Kläger aus der Verwaltung zu fordern hat (4). Beide Verbindlichkeiten liegen jedem Verwalter fremden Vermögens z. B. dem servus actor, socius, procura-

(1) Also nicht auf das doppelte Interesse. L. 1. §. 20. L. 2. §. 2. de tutelae.

(2) Cic. de Or. I. 37. Potes igitur — oratores putare eos, quos multas horas expectavit Scaevola, quum Hypsaeus — a M. Crasso Praetore contenderet, ut ei quem defendebat, causa cadere liceret; Cn. autem Octavius recusaret ne adversarius causa caderet, ac ne is, pro quo ipse diceret, *turpi tutelae judicio* atque omni molestia, stultitia adversarii, liberaretur? Atqui non defuit illis patronis — eloquentia — sed juris civilis prudentia: quod alter *plus lege agendo petebat, quam lex in XII tabulis permiserat;* alter iniquum putabat, plus secum agi quam quod erat in actione, neque intelligebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum. Hier kann nur unsere Klage, nicht die actio tutelae gemeint sein, die auf ein Incertum gerichtet war. Cujac. ad §. 33. J. de act.

(3) L. 89. §. 2. de V. S. Inter edere et reddere rationes permultum interest: nec is, qui edere jussus sit, reliquum reddere debet: nam et argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum non solvat. L. 6. §. 7. de edendo. L. 8. §. 5. de lib. legata.

(4) L. 32. L. 81. 82. de C. et D. Cic. ad Att. XVI. 5. Terent. Phorm. Act. 1. Sc. 1. v. 3.

tor, gestor und somit auch dem Vormunde (5) und Protutor (6) ob.

A. Beide also sind zunächst zur Edition der instrumenta pupillaria verpflichtet (7), worunter sowohl das Inventar (§. 112.), als auch die Vormundschaftsrechnungen (§. 152.) und deren Beläge zu verstehen sind. In Rücksicht aller dieser Instrumente muß also die Anlegung von der Ablegung wohl unterschieden werden.

B. Sodann sind aber Beide auch zur restitutio tutelae s. curae oder zur Restitution der reliqua d. h. zur Herausgabe dessen verpflichtet, was sie vom Vermögen des Pfleglings laut des Inventars unter sich haben und laut der abgelegten Rechnung demselben herauszahlen müssen. Bei Capitalien, welche der Vormund auf den Namen des Pfleglings auslieh, muß indeß der Termin der Zurückzahlung abgewartet werden (9).

Aus dem Bisherigen erhellt von selbst, daß es zum Behuf dieser Edition keineswegs wie bei dem Argentarius der Anstellung einer besondern actio in factum vor dem Prätor, sondern eines bloßen Editionsbefehls des Judex im judicium tutelae bedarf (10), zu dessen Befolgung dem Beklagten, be-

(5) L. 9. C. arb. tut. Tutorem quondam ut tam rationem, quam si quid reliquorum nomine debet, reddat, apud Praetorem convenire potes. Gajus 1. 191. L. 1. §. 3. de tutelae.

(6) L. 1. C. de eo qui pro tut.

(7) L. 1. 2. 4. C. de in lit. jur. L. 1. §. 3. de tutelae. L. 5. §. 6. 46. §. 5. de adm. L. 111. de C. et D.

(8) L. 9. C. arb. tut. L. 33. de furt. L. 58. pr. de adm.

(9) L. 8. de adm.

(10) L. 9. pr. de edendo. Sed nec tutorem cogit *Praetor* pupillo edere rationes: sed *judicio tutelae* solet cogi edere.

sonders wenn die Urkunden nicht am Ort der Klage befindlich sind, eine dilatio instrumentorum causa zu gestatten ist (11).

Nach älteren germanischen Rechtsansichten legte der Vormund von seiner Administration des Mobiliarvermögens überhaupt keine Rechenschaft ab. Vielmehr gebührte dem Pflegling von dem Gute nichts als seine Pflege oder Nothdurft (12) und der Vormund als eigentlicher Mobiliarerbe durfte Alles, was er nach Abzug der Schulden, Alimente, Aussteuer, Administrations- und Prozeßkosten und des Schadensersatzes den er für seinen Pflegling zu zahlen hatte, an fahrender Habe übrig behielt, in seinen Nutzen verwenden. Diese Ansicht liegt unter andern der garde noble und bourgeoise des französischen Rechts (13), der väterlichen und ehelichen Vormundschaft, der Vormundschaft des nächsten Erben, der Lehnsvormundschaft, Interimswirthschaft u. s. w. zum Grunde (14).

Allein schon früh bildete sich der Grundsatz aus, daß der geborne wie der gekorne Vormund, wenn er nicht zugleich Erbe ist, jährlich den Kindern vor ihren Freunden auf deren Erfordern Rechnung thun und am Ende allen Ueberschuß ihnen ausantworten müsse (15).

L. 1. C. de in lit. jur. Adversus heredes tutoris ad transferendam tutelam judicem accipiens *tempore litis* instrumenta ad puberem pertinentia restitui desiderabis.

(11) L. 45. pr. de jud. L. 28. §. 1. de app.

(12) Kaiserrecht III. 9. Dy wile se under eren Jahren sind, so en han se nicht an dem gude dan er nodtorfft.

(13) Mittermaier deutsches Privatrecht. Thl. II. S. 783. Note 15. 16.

(14) Pufendorf. Obss. Tom. I. Obs. 47. Kedinger Landrecht Tit. XI. §. 1. 2. bei Pufendorf Obss. Tom. I. Adp. p. 149.

(15) Sächs. Landr. I. 11. 23. Verm. Sachsensp. I. 42. Bremer

Seit Einführung des Römischen Rechts (§. 151.) verordneten die Reichsgesetze, der Vormund solle mit Eiden und Gelübden beladen werden, daß er seine Pflegkinder, Personen und Güter versehen und verwahren, die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden — und jährlich — nicht allein auf Erforderung der Obrigkeit sondern auch selbst — Rechenschaft anbieten und thun wolle (Thl. II. S. 480. Note 3.), und seitdem ist die Ablegung sowohl der jährlichen als der Schlußrechnung und die Ausantwortung des Vermögens überall durch die Gesetzgebung eingeführt und näher bestimmt worden (16).

b. Prästation von Dolus und Culpa.

§. 172.

Quellen:

D. XXVI. 7. de (administratione et) periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non (et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus).

C. V. 38. de periculo tutorum et curatorum.

Nächst der Hauptsache hat aber der Judex auch die Culpa des Beklagten zu ästimiren (1). Hierbei treten folgende leitende Grundsätze ein:

Stat. (14. 33.) a. 17. Culm. Recht. IV. 14. 4.

(16) Süneb. Stadtrecht Thl. V. bei Pufendorf Obss. Tom. IV. S. 757. Preuß. Landr. §. 861—882. Oesterr. G. B. §. 262. 263. Code civ. a. 471—474. Würtemb. Staat. Cap. 67. §. 2. Hannöv. Vorm. Instr. §. 97. Lübische V. O. v. 11. Oct. 1820.

(1) v. Löhr Theorie der Culpa. S. 166 ff. Hasse's Culpa. S. 334—370. Kritz über die Culpa. S. 165 ff. Hänel vom Schadensersatz. S. 51.

I. Zuvörderst versteht es sich von selbst, daß der Beklagte *bonam fidem*, oder mit andern Worten *dolum malum* oder *fraudem* prästiren muß, bestehe dieser Dolus übrigens in einem dolosen Thun oder Unterlassen (2). Dieser Satz folgt nicht blos aus der allgemeinen Natur des bonae fidei judicii, welches die Verpflichtung bonam fidem zu prästiren (3), also die stillschweigende clausula doli (dolum malum abesse abfuturumque esse) enthält, sondern auch aus der besondern Treue und Pietät (fides, officium), welche der Vormund seinem Pflegling schuldig ist und welche jeden Dolus zu etwas besonders Verbrecherischem, nämlich zu einem Treubruch (perfidia) qualifizirt (Thl. I. S. 41. N. 59.).

II. Dem Dolus steht übrigens, wenigstens in Rücksicht des Schadensersatzes, jede sittlich tadelfreie Absicht völlig gleich, z. B. wenn der Tutor zu einer mortis causa donatio oder zu einer unnöthigen donatio inter vivos arglos Auctoritas giebt (4).

III. Eben so gewiß ist es, daß der Vormund jede *lata culpa* oder *negligentia* prästiren muß, um so mehr, da man dieses nur selten ausdrücklich hervorzuheben nöthig findet (5),

(2) L. 5. §. 7. 41. 57. pr. de adm. L. 1. pr. de tutelae. L. 20. §. 1. de lib. leg. L. 72. § 3. de C. et D. L. 23. C. de adm. L. 2. 7. C. arb. tut. Symmach. Ep. VII. 65.

(3) L. 5. §. 7. de adm. . . . tutores, nisi bonam fidem in administratione prastiterint, damnari debere. L. 4. de eo qui pro tut. Cic. Top. c. 10. Si tutor fidem praestare debet, debet etiam procurator. L. 6. C. de test. tut. secundum b. fidem tibi satisfacere. L. 8. de tutelis.

(4) L. 1. §. 1. 2. de tutelae.

(5) L. 2. 7. C. arb. tut.

vielmehr in der Regel die lata culpa unter dem Dolus mitbegriffen und der levis culpa oder culpa schlechthin gegenüber gestellt wird (6).

IV. Aber der Vormund soll noch mehr, nämlich auch das *periculum* übernehmen. Darunter versteht das Römische Recht in dieser Lehre den durch seine Nachläßigkeit, nicht durch Zufall, angerichteten Schaden. Sehen wir von dem schon oben erwähnten periculum cessationis (§. 156.), und dem vice mutua periculum (§. 161.) ab, so entsteht hier nur noch die Frage, welche Culpa der einzelne administrirende Vormund und Protutor zu prästiren hat?

A. Was nun in dieser Beziehung zunächst den wirklichen Vormund anlangt, so macht das Römische Recht der bonae fidei Natur dieses Judicii gemäß hier folgenden billigen Unterschied:

1. Wenn der Vormund freiwillig sich zu der Administration drängte (Thl. II. S. 233—235.), so muß er diligentia prästiren, d. h. er ist zu condemniren, wenn er nicht wirklichen durch keine Vorsicht abwendbaren Zufall darzuthun vermag (7).

2. In den gewöhnlichen Fällen aber, wo der Vormund sich nicht obtrudirt hat, tritt eine mildere Beurtheilung ein. Allerdings haftet auch hier der Vormund für levis culpa und diligentia. Allein da derselbe hier gezwungen die Administration übernahm (§. 154. N. 3.), da ferner der Erblasser

(6) L. 1. pr. de tutelae. L. 57. pr. de adm. Hasse's Culpa §. 43.

(7) L. 53. §. 3. L. 65. de furtis.

und die Obrigkeit, welche diesen bestimmten Tutor wählten, oder wenn er legitimus tutor oder curator war, am Amt ließen, dadurch stillschweigend in seine Persönlichkeit consentiren und es überhaupt nicht verlangt werden kann, daß er um dieser Vormundschaft willen seinen Charakter ganz umwandele, so prästirt er nur diligentia qualem suis rebus adhibere solet, d. h. er kann sich dadurch reinigen, daß er beweist, ungeachtet im Allgemeinen eine levis culpa vorliege, habe er doch sein Möglichstes gethan, da er sein eigenes Vermögen in diesem Falle nicht besser behandelt habe (8). Wenn also z. B. in einer Feuersbrunst die Obligationen des Tutors und des Pupillen zugleich untergegangen sind, und der erstere versäumt, von den Schuldnern des Pupillen, die er aus dem Inventar belangen konnte, welches im Gericht aufbewahrt wird, entweder Zahlung oder Novation zu fordern, so kann er sich mit der Einrede schützen, daß er es mit seinen eigenen Obligationen nicht besser gemacht habe. Hat er aber diese eincassirt oder novirt, so kann er der Condemnation nur durch

(8) L. 33. pr. de adm. (Callistratus). A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet. L. 1. pr. de tutelae. (Ulpian.) In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam. Nov. 72. c. 8. administrationem tanquam in suis rebus peragant. Hieraus ist denn auch L. 7. C. arb. tut. zu beschränken: Quicquid tutoris dolo vel lata culpa aut levi seu curatoris minoris amiserint, vel cum possent, non adquisierint, hoc in tutelae seu negotiorum gestorum utile judicium venire, non est incerti juris. cf. L. 13. §. 1. de adm.

den Beweis des Caſus entgehen (9). Ob übrigens die Culpa des Vormundes rein obligatoriſche oder aquiliſche Culpa war, iſt in Rückſicht dieſer Entſchuldigung gleichgültig, wenn ſie nur keine lata culpa war, welche als abſolut tadelnswerth, Niemandem verziehen wird (10).

3. Bisweilen kann es ſogar der bona fides gemäß ſein, den Vormund nur für dolus und lata culpa zur Verantwortung zu ziehen.

a. Die ältere Theorie nahm dieſes bei allen Unterlaſſungshandlungen des Vormundes an. Neuerdings iſt aber dieſe Meinung, da ſie ſowohl die allgemeinen Principien über die Culpa des Vormundes (Note 8.) als auch zahlreiche Anwendungen derſelben (11) gegen ſich hat, allgemein aufgegeben worden.

b. Sodann aber pflegt man auch die Verantwortlichkeit des Vormundes für Capitalien, welche ſein Vorgänger

(9) L. 57. pr. de adm., wo nämlich die Lesart *proprios debitores* aus innern Gründen den Vorzug vor *priores* debitores verdient, obgleich die Florentina und mehrere andere Handſchriften priores leſen und auch die Basilic. Tom. III. p. 117. Schol. p. Tom. IV. p. 843, welche περὶ τοὺς προτέρους χρεώςας überſetzen, dieſe letztere Lesart vorfanden. Haſſe's Culpa S. 220.

(10) Haſſe's Culpa S. 359 ff. Hagemeiſter in Grolman's und v. Löhr's Mag. Bd. III. N. VI. S. 145—173. Thibaut in d. Heidelb. Jahrb. VIII. (1815.) H. 10. N. 60. S. 951 ff.

(11) z. B. L. 7. §. 1. 10. 25. 32. §. 2. 3. 39. §. 6. 7. 11. D. L. 5. C. Th. L. 21—23. C. de peric. L. 13. §. 11. C. de jud. L. 80. pr. 84. ad L. Falc. L. 1. §. 2. Si cui plus. L. 53. §. 3. 85. de furt. Nov. 1. c. 4. pr. §. 1. verglichen mit L. 2. §. 8. pro emt. L. 39. §. 1. de min. L. 1. C. si adv. lib.

oder der Vater des Mündels verzinslich auslieh, hierher zu rechnen (12). Man beruft sich auf:

L. 2. C. arb. tut. (Antoninus Praesentino). Nomina paternorum debitorum si idonea fuerint initio susceptae tutelae et per *latam culpam* tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt: judex qui super ea re datus fuerit, dispiciet: et si palam *dolo tutoris vel manifesta negligentia* cessatum est, tutelae judicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse, statuere curabit. (214).

Allein schwerlich hat diese Stelle, welche nur ein Rescript ist, die Absicht, über den Grad der Culpa etwas Neues vorzuschreiben, sie will vielmehr nur darauf hindeuten, daß in unserm Fall, in welchem allgemeiner Regel nach für die Culpa des Ausleihers präsumirt werden muß (13), der Kläger allererst zu beweisen habe, daß die Capitalien im Anfang der Tutel noch gut gestanden haben und erst während derselben durch Dolus oder Nachläßigkeit des Tutors verloren gegangen sind (14). Ist diese Nachläßigkeit zugleich eine lata culpa so erfolgt die Condemnation auf jeden Fall, während, wenn dem Kläger nur der Beweis einer levis culpa gelingt, dem Beklagten immer noch der Gegenbeweis einer diligentia qualem suis offen bleibt.

(12) Thl. II. S. 358. Note 6. — Vgl. hiermit Preuß. Landr. §. 462. 463.

(13) arg. L. 11. de probat.

(14) L. 35. de reb. cred. Periculum nominum ad eum cujus culpa deterius factum probari potest, pertinet. Vgl. auch Gesterding im Archiv für civ. Pr. Bd. II. S. 234. 240.

Dagegen genießt der Vormund bei ausgeliehenen Kapitalien eine andere wichtige Begünstigung. Wenn er nämlich wegen Culpa im Ausleihen oder Nichteintreiben ein Capital übernehmen und den Pflegling entschädigen muß, so fällt dieses Capital ihm anheim (15). Stand nun dasselbe auf den Namen des Pfleglings, so kann der Vormund die Cession der actio calendarii verlangen (§. 164. N. II. a. E.). War es hingegen auf den eigenen Namen des Vormundes ausgeliehen, so kann dieser wegen der Capitalien, welche ihm zur Last fallen, schon ipso jure klagen und es wird vielmehr dem Pflegling die utilis ex stipulatu actio denegirt. In beiden Fällen braucht sich jedoch der Vormund nicht gefallen zu lassen, daß der Pflegling sich die sichern Capitalien aussuche, die unsichern und verlorenen aber zurückweise, sondern er kann verlangen, daß der Pflegling seine Geschäftsführung in Ansehung der ausgeliehenen Capitalien unbedingt entweder anerkenne oder verwerfe, in welchem letztern Fall es sich dann eben so verhält, als ob der Vormund seine eigene Angelegenheiten besorgt hätte (16).

c. Unbedenklicher ist dagegen eine dritte Ausnahme. Wenn die Vormünder mit dem Gelde des Pupillen Grundstücke unvortheilhaft gekauft haben, so werden sie nur dann condemnirt, wenn sie gratiose vel sordide d. h. aus Gunst oder Bestechlichkeit, nicht aber wenn sie aus Uebereilung ein

(15) L. 47. §. 5. de adm.

(16) L. 16. de adm. (Paullus lib. 6. ad Sab.) Dieselbe Meinung des Marcellus wird nochmals citirt in L. 11. §. 1. de usur. (Paull. lib. 25. Quaestion).

schlechtes Geschäft gemacht haben (17). Diese Milderung ist um so billiger, als die Vormünder hier oft gezwungen werden oder aus Furcht vor der Strafe mit dem Ankauf eilen müssen (Thl. II. S. 363.) (18).

Die Deutschen Gesetzgebungen haben über die Culpa des Vormundes nicht selten strengere Grundsätze als das gemeine Recht (19).

B. Soviel hingegen die Culpa des Protutors oder Procurators anlangt, so soll diese nach dem Zeugniß des Pomponius mit der des Tutors völlig gleich sein

> L. 4. de eo qui pro tut. Qui pro tutore negotia gerit eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.

d. h. der Protutor prästirt allemal Dolus, ferner diligentia in abstracto wenn er sich zudrängt (20), diligentia in concreto, wenn er in der Meinung tutor zu sein, die Verwaltung übernimmt.

An diese Grundsätze über die Culpa des Tutors und Protutors knüpft sich noch eine allgemeine Betrachtung über die actio furti. Da nämlich in der Regel Jeder, welcher ein juristisches Interesse hat, daß dem Dominus die Sache nicht

(17) L. 7. §. 2. de adm.

(18) Hasse's Culpa S. 348 ff.

(19) Schwäb. Landr. a. 320. 8. 10—13. Verm. Sachsensp. a. 42. 4. Bremer Stat. 15. Preuß. Landr. §. 275—281. Oesterr. G. B. §. 228. 264. Code civ. a. 450. Hannov. Vorm. Instr. §. 1. 3. Lüb. V.O. v. 11. Oct. 1820. §. 32. — Mendelssohns Ritualges. II. 1. §. 7. 16.

(20) L. 53. §. 3. de furtis. (Paull. lib. 39. ad ed.) Zimmern über die Culpa bei der Protutel im Archiv für civ. Pr. Bd. I. N. 19. S. 251—256.

gestohlen wird, die actio furti hat, so könnte man auch dem Tutor oder Protutor, wenigstens dann, wenn er diligentia in abstracto prästiren muß, diese Klage einräumen wollen. Allein das Römische Recht spricht beiden diese Klage in allen Fällen deshalb auf das Entschiedenste ab, weil der Tutor und Protutor die Sache nicht mit Bewilligung des Dominus in seinem Gewahrsam hat (21). Dessenungeachtet ist der Vormund, wenn er für den Dieb bezahlen muß, gegen diesen keineswegs ohne Hülfe, er hat nämlich auch hier das beneficium cedendarum actionum d. h. er wird dem Dominus nur dann condemnirt, wenn ihm dieser seine actio furti cediren will (22).

V. Für das aber, was jenseits der von dem Vormunde zu prästirenden Culpa liegt, namentlich für wirklichen Zufall haftet der Vormund nicht (23), vielmehr trifft dieser den Pfleg-

(21) L. 85. de furt. (Paull. lib. 2. Manual.). Is cujus interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, id est, veluti is cui res locata est. Is autem qui sua voluntate vel etiam pro tutore negotia gerit item tutor vel curator ob rem *sua culpa* subreptam non habet furti actionem. Die Worte: sua culpa fehlen in einigen Handschriften. Hasse's Culpa S. 419.

(22) L. 53. §. 3. de furt. Qui alienis negotiis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa ejus res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat: veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione solus administrationem suscepit.

(23) L. 4. C. de peric. tut. Tutoribus vel curatoribus *fortuitos casus*, adversus quos caveri non potuit, imputari non oportere, saepe rescriptum est. Sächs. Landr. 1. 11. Verm. Sachsensp. Cap. 42. dist. 4. Preuß. Landr. §. 282.

ling, so z. B. wenn der Argentar, bei welchem die Pupillengelder belegt waren, durch plötzliche Unfälle insolvend wurde (24), oder Quittungen in den Papieren des Pupillen sich nicht vorfinden, ohne daß der Vormund an dem Verluste Schuld ist (25), oder wenn der Tutor durch Krankheit oder Unfälle zu auctoriren (26) verhindert war, oder durch räuberischen Ueberfall Sachen weggekommen sind u. s. w.

c. Früchte und Zinsen.

§. 173.

Quelle:

Cod. V. 56. de usuris pupillaribus.

Ferner muß der Judex die sämmlichen Accessionen (usurae, fructus, causae, accessiones, mora) berücksichtigen und zwar (da alle unsere Klagen bonae fidei judicia sind) ohne daß es deshalb einer besondern Instruction in der Formel bedürfte (officio judicis continentur). Die wichtigsten Accessionen sind aber:

I. Die Früchte. Der Beklagte muß nämlich nicht blos die wirklich percipirten herausgeben, sondern auch für die nicht percipirten, welche er bona fide hätte ziehen können, Entschädigung leisten. Auch aus dem Grunde des Verzugs bei Restitution der Tutel muß er die Früchte herausgeben. Dabei kann er jedoch abrechnen, was in das Peculium des Sclaven geflossen ist, durch welchen er das Grund-

(24) L. 50. de adm. (25) L. 10. de auct. tut.
(25) L. 32. §. 1. de adm.

stück bewirthschaften ließ, sofern er nämlich keinem servus perditurus die Administration anvertraut hat (1).

II. Die pupillarischen Zinsen (usurae pupillares, ὀρφανικὸς τόκος) d. h. im Allgemeinen alle Zinsen, welche der Vormund dem Pupillen zu zahlen hat, insbesondere aber die von den summis residuis zu entrichtenden. Die einzelnen Gründe der Zinszahlung sind folgende:

A. Zunächst müssen die Vormünder, die von den Schuldnern des Pfleglings promittirten und gezahlten Zinsen prästiren, einerlei, ob dritte Personen oder ob sie selbst die Anleiher waren (2), ob sie das Capital auf ihren eigenen oder auf den Namen des Pupillen austhaten und ob die eingenommenen Zinsen hoch oder niedrig waren (3). Indeß ist diese Verbindlichkeit einigen Modificationen unterworfen:

1. Wenn nämlich der Vater im Testament den Vormündern frei gestellt hat, die Gelder gegen bestimmte Zinsen für sich zu nutzen, so brauchen die Vormünder nur diese zu zahlen, wenn sie gleich für sich selbst höhere stipulirt haben (4).

2. Wenn der Vormund Capitalien auf eigenen Namen ausgeliehen hat, von denen eins verloren gegangen ist, so braucht er die gezogenen Zinsen nur dann zu prästiren, wenn der Pupill die Gefahr aller Capitalien übernehmen will (5). Will er dies nicht, so kann jener den Ueberschuß an Zinsen über

(1) L. 32. §. 2. 3. L. 39. §. 18. de adm. L. 10. Rem. pup.

(2) L. 7. §. 5. de adm.

(3) L. 7. §. 10. de adm. vgl. Claud. Tryphon. in L. 58. pr. eod.

(4) L. 47. §. 4. de adm.

(5) L. 7. §. 6. eod. Si tutor pecuniam pupillarem *suo nomine* foeneravit, ita demum cogitur usuras, quas percepit, praestare, si suscipiat pupillus ceterorum nominum periculum.

den gewöhnlichen Zinsfuß von dem Capital abziehen, welches er dem Pupillen als Entschädigung für das verlorene zu zahlen hat (6).

B. Sodann muß aber der Vormund nach prätorischem Recht, dem Pflegling auch von den Summen, welche er imputabler Weise über die gesetzliche Frist hinaus ungenutzt ließ (7), pupillarische Zinsen zahlen.

Diese pupillarischen Zinsen sind Ersatz für nicht gezogene Vertragszinsen, folglich in der Regel landesübliche Zinsen (8).

Ausnahmsweise haben sie jedoch die Natur einer Strafe und dann müssen maximae oder legitimae usurae gezahlt werden. Dieses ist namentlich der Fall, wenn der Vormund die Gelder zu seinen Privatzwecken verwendete (9), ferner wenn der Prätor die Deposition der Gelder bei Strafe der usurae legitimae vorher anbefahl oder diese Strafe später erkannte (10), endlich wenn der Prätor dem Vormunde, welcher bei Bestimmung der Alimente Pupillengelder unter sich zu haben läugnete, aber überführt wurde, zur Strafe die Zahlung der höchsten Zinsen auflegte (11), in welchem letztern Fall der Juder

(6) L. 11. §. 1. de usuris. vgl. mit L. 39. §. 14. de adm. Negligentiae tutorum periculo nominum, quae *pater* usuris majoribus fecit, adscripto, pupilla quidem actionem calendarii praestare cogitur: exactas autem usuras tutelae tempore citra ullam compensationem retinet.

(7) Thl. II. S. 364.

(8) L. 7. §. 10. de adm. ex ceteris causis secundum morem provinciae praestabit usuras, aut quincunces, aut trientes, aut si quae aliae leviores in provincia frequentatur.

(9) Thl. II. S. 475 ff.

(10) Thl. II. S. 363.

(11) Thl. II. S. 257.

der die Strafe des Decrets sogar noch zu schärfen befugt ist. Ist jedoch ein solches Decret nicht erlassen worden, so zahlt der Vormund nur die Zinsen, zu welchen der Pflegling die zu seinem Unterhalt erforderlichen Gelder aufnehmen mußte, also nur zufällig legitimae usurae (12). Unter legitimae, gravissimae oder maximae usurae sind übrigens in allen diesen Fällen ursprünglich centesimae oder 12 P. C. (13), im Justinianischen Recht (14) hingegen 6 P. C. zu verstehen (15).

Da der Vormund von allen Mündelgeldern, die er ungenutzt läßt, den entgangenen Nutzungswerth ersetzen muß, so entsteht die Frage, ob und inwiefern er auch Zinsen von Zinsen zu zahlen hat? Dabei ist zunächst außer Zweifel, daß von empfangenen Zinsen, mögen sie von einem Schuldner, einem Mitvormunde, einem Vorgänger, oder von dem Vormunde selbst gezahlt sein, sobald sie nutzlos liegen bleiben, dieselben Zinsen gezahlt werden müssen, wie von empfangenen Capitalien, also bald höhere Strafzinsen, bald gewöhnliche pupillarische (16). Der Grund ist, weil die Zinsen durch die Auszahlung an die Casse des Pfleglings ihre Zinsnatur verlieren und gewöhnliche Capitalien werden (17). — Hingegen rück-

(12) L. 7. §. 3. 7. 8. 10. de adm.

(13) Basil. Tom. V. p. 70. 87. Schol. e.

(14) L. 26. §. 1. C. de usur.

(15) Basil. Tom. V. p. 158. c. 1. Thl. II. S. 478. Note 14.

(16) L. 58. §. 1. de adm. L. 7. §. 12. eod.

(17) L. 58. §. 1. de adm., wo von der Tutelschuld die Rede ist, welche ein Tutor mit Zinsen dem andern auszahlt, sagt am Schluß: cum id, quod ab alio debitore nomine usurarum cum sorte datur, ei, qui accipit, totum sortis vice fungitur, vel fungi debet. L. 58. §. 4. eod. Quaesitum est, an usurae pupillaris pecuniae, quas tutores debuerunt, cum ad

ständige Zinsen, mag sie ein Dritter oder der Vormund selbst dem Pupillen schuldig sein, haben noch immer die Zinsnatur an sich, da diese erst durch die Zahlung untergeht; sollten also von ihnen wiederum Zinsen prästirt werden, so würde dieses ein Anatocismus sein, der wenigstens im Justinianischen Recht ganz entschieden und allgemein verboten ist (18). Der Tutor braucht also nur die Zinsen zu ersetzen, welche der Schuldner, (sei dieser ein Dritter oder er selbst) versprochen hat, ohne von ihnen wieder Zinsen prästiren zu dürfen (19).

Nach Justinianischem Recht fällt übrigens die Verpflichtung des Vormundes wegen nicht ausgeliehener Gelder Zinsen zu zahlen, sobald der Vormuud die Deposition wählt, gänzlich hinweg (20).

In der neuern Praxis und Legislation hingegen ist jene Verbindlichkeit wieder eingetreten (21).

C. Endlich muß der Vormund auch noch aus dem Grunde der Mora, Litiscontestation und des Urtheils, folglich auch nach beendigter Vormundschaft bis zur gerichtlichen und außergerichtlichen Restitution der Tutel Zinsen zahlen.

Denn tritt der Pflegling klagend gegen ihn auf, so zahlt er, da er dem Pflegling gegenüber ohne alle Interpellation in

curatorem transferuntur, in sortem computentur et universae summae usuras debere curatores incipiant? Respondit, omnis pecuniae, quae ad curatores transit parem causam esse, quia omnis sors efficitur.

(18) L. 3. C. de usur. rei jud.

(19) L. 7. §. 5. L. 9. §. 4. de adm. Glück Pand. XXX. S 348 ff.

(20) Thl. II. S. 365. 366.

(21) Thl. II. S. 367. Note 32. adde Braunschw. Stat. bei Pufendorf Obss. IV. adp. p. 109.

mora ist (22), bis zum Anfang des Prozesses Verzugszinsen, von da bis zum Urtheil Zinsen aus der Litiscontestation und nach dem tempus judicati Zinsen aus dem Urtheil (23).

Will aber der Vormund die Klage nicht abwarten, sondern sich früher von den Zinsen befreien, so muß er entweder außergerichtlich die Tutel restituiren, oder das Geld versiegelt an einem sichern Ort deponiren, oder aber den Kläger zur Klage und wenn er noch minderjährig ist, zur Erbittung eines Curators auffordern, und wenn er dennoch zögert, diese Aufforderung zu gerichtlichem Protocoll geben (24). Durch

(22) L. 3. C. In quib. caus. in int. rest. nec. non est. L. 1. §. 3. de usur.

(23) L. 7. §. 15. de adm. Sciendum est, tutorem et post officium finitum usuras debere in diem, quo tutelam restituit. L. 46. §. 3. eod. Quaesitum est, an ejus pecuniae, qua tutor usus est, post finitam quoque tutelam in diem judicii accepti easdem usuras praestare debeat? Paullus respondit, finita administratione eas usuras debere computari, quae in tutelae judicio computantur (Thl. II. S. 476. N. 4.). L. 1. §. 3. de usuris. (Papin. lib. 2. quaest.) Circa tutelae restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est. Nemo enim ambigit *hodie*, sive judex accipiatur, in diem sententiae, sive sine judice tutela restituatur, in eum diem, quo *restituitur*, usuras praestari. Plane si tutelae judicio nolentem experiri tutor ultro convenerit et pecuniam obtulerit eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras. L. 10. Rem. pup.

(24) L. 7. §. 13. de adm. Pecuniae quae in arca fuit etiam heredes curatoris tamdiu usuras praestabunt, quamdin non interpellaverint, ut loco defuncti curator constituatur. L. 4. C. h. t. Diocl. et Max. Pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam, et ut si quid ei debetis, cursus inhibeatur usurarum, denuntiationibus frequenter interpositis ad judicium eum provocate: ac si rem dissimulatione proferat, actis apud praesidem provinciae factis, voluntatis vestrae rationem declarate . . . . Quod et in curatoribus locum habebit.

bloße Oblation, welche einige ältere Juristen für hinreichend hielten, wird nach neuerm Recht der Zinslauf nicht mehr sistirt (25).

d. Schätzungseid.

§. 174.

Quellen:

(D. XII. 3. de in litem jurando.)

C. V. 53. de in litem jurando.

Die Leistungen des Beklagten können noch dadurch erschwert werden, daß ihre Bestimmung in gewissen Fällen nicht von dem Ermessen des Judex, sondern vom jusjurandum in litem des Klägers abhängig gemacht ist.

Dieser Eid ist jedoch nur unter nachstehenden Voraussetzungen zulässig.

Einmal bezieht sich derselbe nur auf den Fall, wenn der Beklagte entweder die vormundschaftlichen Urkunden, deren Exhibition ihm vom Judex anbefohlen ist (§. 171.), nicht exhibiren (1), oder wenn er Sachen des Pfleglings, die er wirklich besitzt, nicht restituiren will (2).

Sodann setzt derselbe entweder Dolus (mit Einschluß der culpa lata) oder Contumacia des Beklagten voraus (3). Beides braucht jedoch der Kläger nicht erst zu erweisen, denn der

(25) Vgl. Marcellus L. 28. §. 1. 29. de adm. und Scävola L. 122. §. 5. de V. O. mit Papinian L. 1. §. 3. de usur. und Ulpian L. 28. §. 1. de adm.

(1) L. 5. pr. L. 10. h. t. L. 28. §. 1. de appell. (Constitution von Commodus.)

(2) L. 8. h. t.

(3) L. 1. 5. §. 3. h. t. L. 28. §. 1. de app.

Dolus wird, wenn der Beklagte eingesteht, das Inventar nicht errichtet zu haben, oder es nicht finden kann, präsumirt (wogegen jedoch dem Beklagten der Gegenbeweis eines gehörigen Grundes der Nichterrichtung (Thl. II. S. 245. 246.) oder Nichtauffindung offen bleibt (4); und die Contumacia liegt mit Ablauf der dilatio instrumentorum causa (§. 171.) von selbst vor (5). Sind indeß mehrere Beklagte vorhanden, von denen Einer die Urkunden allein besitzt, so genügt dessen Edition, während, wenn alle besitzen, sie entweder Alle ihre Exemplare ediren, oder der Edition Eines unter ihnen durch ihre Unterschrift beitreten müssen (6).

Endlich ist der Eid auch nur dann wirksam, wenn der Judex, nicht aber wenn der Gegner, oder wenn überall Niemand ihn deferirt hat (7). Indeß würde ersterer gegen sein Officium handeln, wenn er im Fall des Dolus und der Contumacia den Eid nicht zuschöbe (8). Nur das steht ihm frei, die Bestimmung der Summe nicht ganz dem Kläger zu überlassen, sondern sie durch eine taxatio (obwohl die Formel keine hat) zu beschränken, denn da er die Delation total verweigern könnte, so muß er sie auch partiell denegiren dürfen (9).

Den Eid ableisten kann übrigens nur der Dominus Litis, d. h. der Pflegling, wenn er selbst mit Zustimmung des

(4) L. 7. pr. de adm.

(5) L. 28. §. 1. de app.

(6) L. 6. §. 1. de edendo.

(7) L. 4. §. 1. de in lit. jur. (Ulp. lib. XXXVI. ad ed. also aus der actio tutelae).

(8) L. 8. eod.

(9) L. 4. §. 2. h. t. vgl. L. 68. de R. N.

Vormundes das Judicium übernommen hatte und nicht mehr Pupill ist, der Tutor oder Curator, wenn er *suo nomine* litem contestirt hat; jedoch nur, wenn er will, denn gezwungen werden kann er nach einem Rescript von Sever und Caracalla nicht (10). Die Mutter des Pfleglings kann hingegen niemals, selbst wenn sie wollte, zugelassen werden, da sie nicht Domina Litis ist (11).

Ist der Eid abgeleistet, so wird die beschworene Summe des Interesses in die Condemnation deducirt (12). Aus gehörigen Gründen z. B. bei späterer Auffindung des Inventars kann sich indeß der Judex über den Eid hinwegsetzen und entweder gänzlich absolviren oder doch die Condemnation mindern (13). Nach einmal ausgesprochener Condemnation sind allgemeinen Grundsätzen gemäß zwar keine Nachlaßverträge mit dem Kläger weiter zulässig (14), aber die Appellation gegen das Urtheil steht dem Beklagten, da der Eid ein richterlicher ist, allerdings noch offen (15).

Deutsche Statute haben schon früh den Gebrauch dieses Eides bestätigt (16).

(10) L. 4. pr. eod. das Rescr. s. in L. 1. C. eod. Imp. Sev. et Antonin. (206). Der Vormund schwört natürlich nicht quanti sua sondern quanti domini interest.

(11) L. 4. pr. cit. (D. Fratres).

(12) L. 3. C. eod.

(13) L. 4. §. 3. eod.

(14) L. 3. C. eod.

(15) L. 28. §. 1. de app.

(16) Hadeler Landr. III. Tit. 2. „Da aber nicht dergestalt ein Inventarium aufgericht, mögen die Unmündige, wenn sie zu ihren Jahren kommen, mit ihrem Eide das Gut, wie Recht, von den Vormündern mahnen und forden."

e. Infamie des Beklagten.

§. 175.

Eine andere Schärfung der Condemnation besteht darin, daß sowohl in der actio rationibus distrahendis (§. 171. Note 2.) als in der actio tutelae der Verurtheilte infam wird, wenn er suo nomine d. h. wegen eigener Schuld, nicht wegen der des Dominus (1) oder des Erblassers condemnirt worden ist (2). Auch pflegt man nach Analogie des crimen suspecti diese Folge auf den Fall der Condemnation wegen Dolus oder lata negligentia einzuschränken (3). Den Grund unseres Rechtssatzes, daß das tutelae judicium ein turpe judicium und darin condemnirt zu werden ein probrum oder opprobrium sei, finden übrigens die Römischen Juristen nicht in allgemeinen, sondern in besondern Rechtsansichten ihres Volkes, wonach die Pupillentutel (4) als ein vorzüglich heiliges Officium (Thl. I. S. 40 ff.) und jede Verletzung des-

(1) Hierher gehörte auch vielleicht Vat. Fr. §. 339., dessen Anfang dem Sinn nach etwa so zu restituiren sein dürfte: Ea sententia cognitore condemnato, quae periculum ignominiae inrogare solet, neque ipse neque dominus infamia notabitur; quia neque dominus condemnatus est, neque defensor ejus suo nomine condemnari videtur et si cognitor in rem suam fuerit constitutus.

(2) L. 1. de his qui not. Qui tutelae... suo nomine non contrario judicio damnatus erit. L. 6 §. 6. eod. Gajus. IV. 182. Cic. de Or. 1. 36. pro Caecina c. 3. pro Rosc. Com. c. 6. Topic. c. 10. Juvenal. Sat. I, 45—48; X, 222; XV, 135.

(3) Cic. de off. III. 15. L. 7. §. 1. D. §. 6. J. de surp. tut. Cic. pro Rosc. Com. c. 6.

(4) Die Geschlechtstutel ist zwar ein noch heiligeres Officium, aber es entspringt kein judicium aus derselben.

selben als besonders strafwürdig betrachtet wird (5). Die actio negotiorum gestorum und protutelae, bei welcher kein Officium zum Grunde gelegen hat, infamirt den Beklagten nicht.

6. Sicherungsmittel dieser Ansprüche.

a. Privilegien und Pfandrechte.

§. 176.

Zur Sicherstellung der §. 171—174. entwickelten Ansprüche stehen dem Kläger mehrere theils directe theils indirecte Mittel zu. Zu den erstern gehört:

I. Das *privilegium exigendi* oder die Protopraxie d. h. das Recht des Pfleglings vor allen übrigen persönlichen Creditoren befriedigt zu werden im Fall das Vermögen oder Peculium des Vormundes in Concurs geräth. Vermöge dieses Privilegii braucht also der Kläger nur den hypothecarischen Gläubigern, oder bei der actio de peculio dem Vater oder Herrn des Beklagten zu weichen (1), alle übrigen chirographarischen Ansprüche aber werden entweder einstweilen differirt, oder doch nur gegen Caution der Restitution wegen zur Theilnahme am Verkauf mit zugelassen (2). Dieses Privilegium ist übrigens kein privilegium causae, sondern personae und wird deshalb zwar Pupillen, Minderjährigen, Wahnsin-

(5) L. 42. de V. S.... tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem *idoneum* incidere. vgl. Cic. pro Rosc. Amer. c. 38. 39. — Dagegen heißt es bei Cic. pro Caecina c. 3. Est enim turpe judicium et *facto* quidem turpe.

(1) L. 52. pr. de peculio.

(2) L. 52. §. 1. eod.

nigen, Verschwendern (3), Blödsinnigen und Preßhaften (4) nicht aber deren Erben und eben so wenig Abwesenden oder blos juristischen Personen oder Vermögensmassen z. B. der hereditas jacens, oder dem Vermögen eines Gefangenen gegeben (5). Jenen aber steht es freilich am Vermögen jedes Administrators, mithin des Tutors, Curators, des Protutors, des Cognaten, der ex officio amicitiae die Verwaltung übernahm, nicht aber an dem Vermögen des Magistratus zu (6). Jedoch gilt es an dem Vermögen derjenigen unter diesen Administratoren, welche nicht Tutoren sind, nur subsidiarisch, nämlich nur dann, wenn dieselben keine Bürgschaft gestellt haben (7). Uebrigens geht dieses Privilegium durch Litiscontestation selbst da nicht unter, wo diese die alte Obligation ipso jure zerstört, weil die Novation in diesem Fall nicht von dem freien Willen der Partheien abhängt (8). Eine Anwendung dieses Grundsatzes ist es, daß die Substitution eines Defensor für den Beklagten das Privilegium des Pupillen an dem Vermögen des Dominus nicht aufhebt (9). Dasselbe gilt von der Wirkung des Urtheils (10). Ist dagegen die Novation eine freiwillige Handlung, geschieht sie z. B.

(3) L. 15. §. 1. de cur. fur. Der furiosus und prodigus u. s. w. waren im Edict nicht erwähnt, doch bekommen sie das Privilegium durch ein Decret.

(4) L. 25. de tutelae. L. 19. §. 1. — 21. pr. de reb. auct. jud.

(5) L. 19. §. 1. — L. 24. pr. cit. L. 196. de R. J.

(6) L. 1. §. 14. de mag. conv. Privilegium in bonis magistratus pupillus non habet, sed cum ceteris creditoribus partem habiturus est.

(7) L. 25. de tutelae.

(8) L. 29. de novat. Keller über Litiscont. S. 97 ff. Mayer über Litiscontest. S. 20 ff.

(9) L. 22. de tutelae.

(10) L. 22. cit.

durch Stipulation, so wird das privilegium exigendi auf die neue Obligation nicht übertragen, weil es ein blos äußerliches, der Substanz, welche in die neue Obligation übertragen wird, fremdes Accessorium ist (11). — Nur wenn die Novation nicht durch Stipulation, sondern durch Realcontract d. h. dadurch erfolgt, daß der Kläger dem Tutor die Tutelschuld nach abgelegter Vormundschaftsrechnung als verzinsliches Darlehen läßt, muß ihm der Prätor das Privilegium conserviren, weil dies mehr als Stundung denn als eigentliche Novation zu betrachten ist (12).

II. Noch mehr sind einige unter den genannten Pflegbefohlenen durch das g e s e t z l i c h e P f a n d r e c h t bevorzugt. Im Attischen Recht war ein solches gesetzliches Pfandrecht ziemlich früh anerkannt (13), allein so viel auch von dem griechischen Hypothekenwesen durch das Provizialedict schon früh in das Römische Recht eingedrungen war, so hat es sich hier doch erst später ausgebildet, indem davon zuerst (14) in einer Constitution Constantins die Rede ist. Nach dieser Verord-

(11) L. 29. de novat.

(12) L. 44. §. 1. de adm. aus Paull. lib. 13. Quaest. wie L. 22. de tutelae entlehnt. Sed si pupillus post pubertatem, rationibus a tutore acceptis, reliquationem ejus secutus (d. h. den Saldo ihm als Darlehn lassend,) usuras acceptaverit, privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis. Praetor enim privilegium ei servare debet.

(13) Demosth. c. Onetor. I, 866. 1.

(14) L. 10. C. arb. tut. (Impp. Diocl. et Maxim. A. A. et C. C. Pomponio.) Si defunctus tutelam vestram administravit: non rerum ejus dominium vindicare, vel tenere potes: sed tutelae contra ejus successores tibi competit actio. — S. 10. Cal. Febr. Sirmii 293.

nung steht es den Pupillen und Minderjährigen an dem Vermögen der Tutoren und Curatoren zu, gleichviel übrigens, ob sie die Vormundschaft verwalteten oder nicht (15). Führt die Mutter die Vormundschaft, so tritt kein stillschweigendes Pfandrecht ein bis sie zur zweiten Ehe schreitet, dann aber ergreift es auch noch das Vermögen des Stiefvaters (Thl. I. S. 262. 263.). Justinian hat es auch dem Wahnsinnigen am Vermögen seines Curators gegeben (16) und das Pfandrecht der Kinder an dem Vermögen des Vaters, welcher ihr mütterliches Erbe verwaltet, beruht auf der nämlichen Rechtsansicht (17). Uebrigens beginnt es wohl nicht mit der Administration überhaupt, sondern mit dem einzelnen Act, da bei der Tutel die Meinung des Sabinus und Cassius, daß die Obligation aus der Führung der Vormundschaft im Einzelnen entspringt, die herrschende ist (§. 155. N. 5.), während Justinian bei den bonis maternis die entgegengesetzte vorgezogen hat (18). Durch dieses Pfandrecht ist nun der Pupill oder Curande im Concurse noch um eine Classe höher gestellt, als die persönlich privilegirten und kann sogar aus den Händen Dritter die von dem Vormunde veräußerten Sachen mit der actio hypothecaria vindiciren.

(15) L. 1. C. Theod. de adm. (314) Gleichlautend bis auf einen Zusatz und die Inscription ist L. 20. C. de adm. Nov. 118. c. 5.

(16) L. 7. §. 5. C. de cur. fur.

(17) L. 6. §. 2. 4. L. 8. §. 4. C. de bonis quae lib.

(18) L. 6. §. 4. C. de bon. q. l.

b. Verbot von Geschäften in fraudem tutelae.

α. Verbot von Alienationen.

§. 177.

Quelle:

C. IV. 53. Rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienatione.

Indirect ist unsere Klage aber auch noch durch das Verbot aller Geschäfte in fraudem tutelae (Thl. II. S. 471. 472.) sicher gestellt. Dahin gehören zunächst Alienationen des eigenen Vermögens des Vormundes. Wenn nämlich der Vormund mit einem Dritten irgend ein Gestum in der Absicht vornimmt, um seinem Creditor, dem Pflegling, an seiner Befriedigung in der actio tutelae und negotiorum gestorum zu schaden; wenn zu gleicher Zeit dieser Dritte um die Absicht weiß und jener Zweck wirklich erreicht wird, so ist ein gestum in fraudem creditoris oder wie es hier heißt in fraudem tutelae vorhanden, auf dessen Cassation der Pupill mit dem interdictum fraudatorium oder der actio Paulliana selbst gegen den patronus tutor (1) antragen kann. Eine Anwendung dieses Grundsatzes ist diese, daß der Pupill gegen einen Creditor des Tutors, welchem dieser in böslicher Absicht einen Debitor des Pupillen delegirt hat, auf Rescission klagen kann (2). Eine andere Anwendung bezieht sich auf Alienationen. Wenn nämlich der Tutor seine Sache in fraudem tutelae veräußert, so kann der Pupill ebenfalls gegen

(1) L. 8. de tutelis.

(2) L. 96. pr. de solut.

den Empfänger, wenn dieser um den Betrug wußte, auf Rescission der Veräußerung und Restitution der Sache klagen (3), wie dieses noch von Constantin ausdrücklich anerkannt ist (4). Da jedoch im Justinianischen Recht eine stillschweigende Hypothek eingeführt ist, welche dieselben Dienste thut und einen leichtern Beweis hat, wie das interdictum fraudatorium, so hat Justinian bei der Aufnahme dieser Verordnung in den Codex die auf das interdictum fraudatorium bezüglichen Worte weggelassen (5). Wenn der Vormund nicht in fraudem tutelae, sondern bona fide seine Sachen veräußerte, so fand vor Einführung der gesetzlichen Hypothek gar kein Rechtsmittel Statt (6).

β. Verbot fiscalischer Pachtungen.

§. 178.

Quelle:

C. V. 41. Ne tutor vel curator vectigalia conducat.

Nach einer Constitution von Sever und Caracalla sollen Vormünder während der Administration und nach der Beendigung derselben ehe sie Rechnung abgelegt haben, keine prae-

(3) L. 1. C. de mag. conv.

(4) L. 1. C. Th. de integri rest. 326. „ac si forte iidem (sc. tutores) de suo in fraudem tutelae alienasse docerentur, fraudatorio interdicto prospiciendum esse minoribus declaratur. Dieses Bruchstück bildete mit L. 22. C. de adm. L. 4. C. Quando decr. opus. n. e. und L. 25. C. de usur. ein Ganzes.

(5) L. 2. C. si adv. vend.

(6) L. 10. C. arb. tut. L. un. C. h. t. (Imp. Sever. et Anton.) L. 47. §. 1. de min.

dia Caesaris pachten dürfen, was die Interpretation auf praedia fiscalia und auf vectigalia ausgedehnt hat(1). Im Uebertretungsfall soll die poena falsi auf sie anwendbar sein, wenn sie nicht dem Fiscus und Pupillen zugleich genug thun und alsdann Kaiserliche Dispensation nachsuchen (2). Doch tritt die Strafe nicht ein, wenn die Vormünder nur jure hereditario in den Contract mit dem Fiscus succediren (3), ebenso dann nicht, wenn der Pflegling selbst bereits todt ist und der Vormund nur noch dem Erben Rechnung abzulegen hat, weil nämlich nun die Schuld zu einem ganz gewöhnlichen debitum geworden ist (4), endlich dann nicht, wenn die Vormundschaft erst angetragen wurde nachdem der Pachtcontract bereits geschlossen worden war, vielmehr können sich in diesem letztern Fall die Pächter mit dem periculum von der Tutel excusiren (Thl. II. §. 88.).

γ. Verbot der Ehe mit der Pflegbefohlenen.

§. 179.

Quelle:

C. V. 6. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum.

Ferner gehört hierher auch das vormundschaftliche Ehe- und Verlöbnißverbot. Dieses Verbot kommt zwar schon im

(1) L. 49. pr. §. 1. locati.

(2) L. un. C. ne tutor. vect.

(3) L. 1. §. 12. de lege. Corn. de fals.

(4) L. 1. §. 11. de lege. Corn. de fals. (Sever und Carac.) cf. L. 67. §. 5. de R. N.

Attischen Recht vor (1). Im Römischen Recht rührt es aber erst aus einer vom Senat bestätigten (2) Oratio Divi Marci et Commodi her (3), über welche besonders Paullus (in einem liber singularis) geschrieben hat (4).

Als Grund des Verbotes wird in der Oratio selbst er angegeben: ne ratio tutelae reddendae cohibeatur (5), d. h. daß nicht der Vormund seine eheherrliche Gewalt dazu mißbrauche, um sich der Schlußrechnung und Herausgabe des Vermögens zu entziehen. Hieraus läßt sich die nähere Ausbildung des Verbotes selbst und seiner Wirkungen leicht erklären.

I. Die Personen, welchen die Eingehung der Ehe und des Verlöbnisses untersagt ist, sind der Vormund selbst und seine Angehörigen.

A. In Rücksicht des Vormundes selbst ist zweierlei erforderlich, einmal, daß er wirklicher Vormund sei und sodann, daß er periculum trage. Darum trifft einerseits den Bürgen, den Magistratus, den Protutor und Procurator oder den bloßen negotiorum gestor, wiewohl alle diese Personen Gefahr tragen, das Eheverbot nicht (6); andererseits aber kann der Geschlechtstutor oder der gültig excusirte Vormund (7) seine pupilla rechtsgültig heirathen. Allerdings aber

(1) Diog. Laërt. Solon. c. 4. Νόμος τὴν ὀρφανὴν (τὴν ἐπιτροπευομένην γυναῖκα) μήτε τὸν ἐπίτροπον μήτε τὸν παῖδα αὐτοῦ γαμεῖν.

(2) L. 59. de R. N.

(3) L. 67. §. 3. de R. N.

(4) L. 60. eod.

(5) L. 63. 64. §. 1. L. 67. §. 1. 3. eod. L. 7. C. h. t.

(6) L. 60. §. 1. de R. N. L. 8. C. h. t. (Leo und Anthemius).

(7) L. 60. §. 4. de R. N. (Be-

muß selbst der bloße curator ventris et bonorum (8), der tutor honorarius (9), der Tutor, welcher sich durch falsche Angaben von der Tutel excusirte (10) oder in der Administration cessirte (11), sich der Ehe enthalten. Ja selbst nach Beendigung der Vormundschaft dauert das Eheverbot so lange fort als noch periculum tutelae vorhanden ist; also namentlich dann, wenn die Pupilla in feindliche Gefangenschaft gerathen oder großjährig geworden war, aber der Vormund entweder noch keine Rechnung abgelegt hat, oder aber die Pflegbefohlene gegen die Annahme der Rechnung noch Restitution suchen kann, so daß nach älterm Recht das Eheverbot bei Minderjährigen erst mit dem Ablauf eines utilis annus nach erreichter Großjährigkeit, also mit dem vollendeten 26sten (12), nach Justinianischem Recht gar erst mit abgelaufenem 29sten Jahre (13) zu Ende geht. Dagegen kann der gewesene Tutor, nachdem er dem Curator Rechnung abgelegt, und das periculum auf diesen übertragen hat, die ehemalige Pflegbefohlene sofort heirathen (14). — Mit dem Vormunde selbst macht dessen Erbe, selbst der extraneus heres eine und dieselbe Person aus, weshalb auch dieser, ehe er Rechnung abgelegt hat, die Pupilla nicht heirathen darf (15).

B.

sondere Anwendung auf Excusation finita tutela.)

(8) L. 67. §. 4. de R. N.

(9) L. 60. §. 2. eod.

(10) L. 60. pr. eod.

(11) L. 60. §. 3. eod.

(12) L. 66. pr. de R. N. L. 28. §. 3. de lib. et post. L. 7. de adult. L. 6. C. h. t.

(13) L. 7. C. de temp. in int. rest.

(14) L. 62. §. 2. de N. R. Eine Anwendung enthält L. 67. §. 3. eod. verb.: nam finita jam tutela u. s. w.

(15) L. 60. §. 8. 64. §. 1. de R. N.

B. Nächst dem Vormunde schließt aber die Oratio auch noch dessen Kinder (liberi) in das Verbot mit ein. Fragen wir, welche Kinder hier gemeint sind, so geht aus den Worten „Ne tutor pupillam vel filio suo vel sibi nuptum collocet" (16) sogleich dieses als gewiß hervor, daß die Heirath zwischen einer Tochter des Vormundes und dem Pflegbefohlenen nicht verboten werden soll (17), um so mehr, als die Oratio immer nur von weiblichen Pflegbefohlenen redet, und eben das Uebergewicht (potentatus) (18) des Mannes über das schwächere Weib es ist, wovon eine Uebervortheilung des letztern gefürchtet wird. Was nun aber die männlichen Descendenten betrifft, so ist klar, daß das, was vom Sohn gilt, auch auf den Enkel u. s. w. auszudehnen ist (19). Ob aber der Sohn in potestate des Vaters befindlich oder ob er in Adoption gegeben oder durch des Vaters Tod befreit oder emancipirt oder in servitute erzeugt und darauf manumittirt (20) ist, ferner ob er nach des Vaters Tode dessen Erbe geworden oder abstinirt oder exheredirt ist, darauf kann begreiflich nicht viel ankommen, da es ja möglich wäre, daß der Vater ihm unter der Hand sein Vermögen zugewendet hätte, auf welches die Pupilla der Administration wegen noch Ansprüche hat (21). Eben so ist die Art und Weise gleichgültig, auf welche dieser Sohn Kind des Vormundes geworden ist. Deshalb ist dem

(16) L. 59. de R. N.

(17) L. 64. §. 2. de R. N. L. 5. C. h. t.

(18) L. 63. de R. N.

(19) L. 59. de R. N. Hierher gehört der Inscription nach auch L. 220. de V. S. aus Callistratus lib. 2. Quaest. cf. L. 64. h. t.

(20) L. 4. C. h. t.

(21) L. 60. §. 7. L. 67. pr. eod.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Adoptivsohn so gut wie dem leiblichen die Ehe untersagt, wovon eine unmittelbare Folge die ist, daß wenn der Curator den Ehemann seiner Pflegbefohlenen adoptirte oder dessen Hausvater arrogirte, die Ehe sofort aufgelöst werden würde (22). Nur wenn der Adoptivsohn wieder emancipirt worden ist, muß die Ehe als erlaubt und gültig betrachtet werden, weil er nun der Familie des Vormundes gar nicht mehr angehört (23).

C. Andere Personen, außer dem Vormund selbst und seinem Sohne, nannte die Oratio nicht, die Interpretation hat aber wegen Gleichheit des Grundes auch noch den Hausvater und die Brüder des Vormundes, wenn dieser noch in väterlicher Gewalt ist (24), imgleichen die Freigelassenen desselben (25) mit in das Verbot hinein gezogen.

II. Als die Person, mit welcher die bisher genannten Männer sich nicht verheirathen oder verloben sollen, nennt die Oratio nur die pupilla (26), d. h. die der Pupillentutel unterworfene Pflegbefohlene. Man hat aber unbedenklich auch auf die adulta dieses Verbot erstreckt und es ist gewiß auch auf andere Fälle der Cura auszudehnen, mit denen eine Rechnungsablage verknüpft ist. Hingegen auf andere Personen als die Pflegbefohlene selbst erstreckt es sich auf ihrer Seite nicht, namentlich kann der Vormund die Mutter des pupillus oder der pupilla unbedenklich heirathen oder seinem Sohn

(22) L. 67. §. 3. de R. N. Dasselbe müßte eigentlich eintreten, wenn der Ehemann, Bräutigam, oder dessen Vater zum Curator der Frau, Braut oder Schwiegertochter bestellt wird, indeß wird hier umgekehrt die Ehe aufrecht erhalten. (Thl. II. §. 72.)

(23) L. 60. §. 6.

(24) L. 67. §. 2. eod.

(25) L. 37. L. 66. §. 1. eod.

(26) L. 59. L. 60. §. 5. eod.

zur Ehe geben (27). Auch kann er nach dem Tode der Pflegbefohlenen deren Tochter und Erbin selbst vor abgelegter Rechnung seinem Sohn gültig vermählen, weil die Forderung aus der Tutel in der Hand der Erbin zu einem gewöhnlichen Schuldverhältniß herabgesunken ist. Wollte man dieses nicht annehmen, so würde kein Debitor seine Gläubigerin heirathen oder seinem Sohn zur Ehe geben dürfen (28).

III. Was demnächst die Verbindung selbst anlangt, welche zwischen diesen Personen verboten ist, so hebt die Oratio das Connubium unter ihnen auf und verbietet die Ehe (ne uxorem tutor pupillam suam ducat, ne tutor pupillam vel filio suo vel sibi nuptum collocet) (29). Da aber überall, wo die Ehe selber verboten ist, dieselbe auch nicht gültig versprochen werden kann, so muß auch das Verlöbniß als unerlaubt betrachtet werden (30). Die Strafen anderer unerlaubter Geschlechtsverbindungen sind anderer Art und beruhen auf anderen Gründen (Thl. I. S. 41. 42.).

IV. Die Ueberschreitung dieses Verbots zieht nachstehende Wirkungen nach sich:

1. Die Ehe und das Verlöbniß sind null (31), die Betheiligten selbst leben demnach in einer unehelichen Geschlechtsverbindung, ihre Kinder sind uneheliche Kinder (32), auch entsteht zwischen dem einen Ehegatten und den Verwandten des

(27) L. 2. C. h. t. Vat. Fr. §. 109.

(28) L. 67. §. 5. de R. N.

(29) L. 59. L. 60. §. 5. de R. N.

(30) L. 32. §. 28. de don. int. V. et U. L. 15. de spons. L. 60. §. 5. de R. N.

(31) L. 7. pr. de adult. L. 8. C. h. t.

(32) L. 6. 8. C. h. t.

andern keine Affinität (33). Davon ist dann eine weitere Folge, daß der Vormund, wenigstens nach wirklich vollzogener Heirath, des adulterii angeklagt werden kann (34).

2. Was die Capacität unter den verbundenen Theilen betrifft, so behält allerdings die Frau, als der unschuldige und betrogene Theil, Capacität aus dem Testament des Mannes, so weit die leges decimariae sie gestatten. Der Mann hingegen kann die ihm von der Frau hinterlassene Erbschaft nach einem Rescript Sever's und Caracalla's nicht erwerben, sondern sie wird ihm als einem Unwürdigen vom Fiscus entrissen (35). Schenkungen des Tutors an die Pupilla sind nicht einmal als sponsalitia largitas zu betrachten, da die Sponsalien null sind und werden deshalb caduc (36). Schenkungen der Pupilla an den Tutor sind der Strenge nach gültig, da keine Ehe existirt, können aber von ihr mit einer utilis actio revocirt werden (37). Die Dos endlich, welche für die Pupilla bestellt worden ist, kann, da sie nicht als Dos fungirt hat, mit der condictio ob causam datorum zurückgefordert werden (38).

3. Der Tutor wird betrachtet als confessus de tutela d. h. als ob er eingestanden hätte, in seiner Administration betrogen zu haben und als ob er diesen Betrug nur durch die

(33) Vat. Fr. §. 109.

(34) L. 7. pr. ad L. Jul. de adult.

(35) L. 128. de leg. 1. L. 2. §. 1. de his. quib. ut ind. L. 63. de R. N.

(36) L. 32. §. 28. de don. int. V. et U.

(37) L. 7. C. de don. int. V. et U.

(38) L. 7. 8. C. h. t. L. 63. de R. N.

Ehe hätte verdecken wollen (39). Darum ist er gleich dem tutelae condemnatus infam und diese Infamie erstreckt sich auch mit auf seinen Sohn, wenn er die Pflegbefohlene diesem verlobt hat (40). Zugleich trifft den Vormund eine poena extraordinaria, welche sich nach den Umständen richtet, so daß sie, wenn ein Freigelassener als Tutor die Tochter seines Patrons geheirathet hat, bis zur Relegation gesteigert werden kann (41).

V. Schließlich ist jedoch einiger Ausnahmen zu gedenken, in welchen das Verlöbniß und die Ehe nicht nur gültig, sondern auch völlig straflos sind (42).

1. Die erste derselben, welche auch bereits dem Attischen Rechte bekannt (43) und in dem Senatusconsult speciell genannt war, bezog sich auf den Fall, wenn die Pupilla bereits von ihrem Vater mit dem Tutor verlobt (desponsa) oder demselben bestimmt (destinata) oder die Ehe mit ihr im Testament zur Bedingung gemacht war (testamento denominata conditione nuptiis) (44). Wenn dagegen der Vater die Wahl des Ehegatten für seine Tochter der Mutter derselben überläßt, so ist die Ehe nicht als erlaubt anzusehen, da er eben deswegen die Mutter genannt hat, um die Bestimmung der Heirath nicht dem Vormunde zu überlassen (45).

(39) L. 7. C. h t. L. 67. §. 1. de R. N.

(40) L. 66. pr. de R. N. L. 7. C. h. t.

(41) L. 64. pr. de R. N.

(42) L. 69. §. 5. de j. d.

(43) Demosth. adv. Aphob. III. 205.

(44) L. 36. de R. N. L. 7. pr. ad L. Jul. de adult. L. 69. §. 5. de jure dot.

(45) L. 62. pr. h. t.

2. Wenn der Großvater die Vormundschaft über eine Enkelin von einem emancipirten Sohn führt, so kann er sie mit einem Enkel von einem andern Sohne, also einem Vetter von ihr, gültig vermählen, weil die gleiche Liebe gegen alle Enkel, welche hier zu präsumiren ist, allen Verdacht einer betrügerischen Absicht in diesem Fall fern hält (46).

3. Sowie bei andern verbotenen Ehen kaiserliche Dispensation vorkommen kann, so ist sie auch hier möglich (47).

Da nach heutigem Vormundschaftsrecht der Pflegbefohlenen jährlich vor der Obrigkeit und ihren Freunden Rechnung abgelegt werden muß, so fällt der Grund des Verbotes eigentlich hinweg (48). Dessenungeachtet haben mehrere neuere Gesetzgebungen dasselbe beibehalten (49). Nur fällt die Infamie heutzutage weg. Auch kann die Ehe durch Einwilligung der Obrigkeit oder der Mitvormünder erlaubt werden (50).

δ. Verbot der Arrogation des Pflegbefohlenen.

§. 180.

Aus demselben Grunde, aus welchem die Ehe mit der Pupilla verboten ist, soll der Vormund auch den Pflegbefohlenen nicht arrogiren, indem auch die Arrogation dazu gebraucht werden könnte, um die Treulosigkeit, welche der Vormund in der Verwaltung sich hat zu Schulden kommen lassen, zu verdek-

(46) L. 67. §. 1. h. t.

(47) L. 7. C. h. t. (Dioclet. et Max).

(48) Pufendorf Obss. II. 94.

(49) Calenbergische Kirchenordnung v. 1569 u. 1615. Hannöv. Vorm. Instr. §. 12. Preuß. Landr. II. 1. 1. 1. §. 14.

(50) Glück XXIV. S. 87. 88.

ken (1). Die Arrogation ist in dieser Beziehung sogar noch gefährlicher als die Ehe, da durch dieselbe alle Obligationen zwischen dem Tutor und dem Minor nach älterm Recht ipso jure erlöschen würden. Nach abgelegter Rechnung und nach Ablauf der Minorennität und Restitutionszeit ist jedoch auch dieses Geschäft unbedenklich zuzulassen (2). Auch hat Titus Antoninus rescribirt, daß dem Vormund gestattet werden könne seinen Stiefsohn zu arrogiren, weil hier die Nähe der Affinität allem Verdachte vorbeugt (3).

7. Einreden des Beklagten.

§. 181.

Die Ansprüche des Klägers können jedoch durch mehrere Einreden des Beklagten beseitigt werden, unter welchen folgende die wichtigsten sind.

I. Die Einrede der Verjährung. Im ältern Recht fand sie gar nicht Statt, da die Klagen an sich sämmtlich perpetuae sind und die longi temporis praescriptio auf rein persönliche Klagen nicht angewendet wurde (1). Seit den allgemeinen Bestimmungen von Honorius und Theodosius findet jedoch die gewöhnliche praescriptio triginta annorum

(1) L. 17. pr. de adopt. Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicujus administravit: si minor XXV annis sit, qui adrogatur, ne forte eum ideo arroget ne rationes reddat.

(2) L. 17. pr. cit.

(3) L. 32. §. 1. de adopt. Imperator Titus Antoninus rescripsit, privignum suum tutori adoptare permittendum. L. 3. C. de contr. jud. tut. Cujac. Obss. III. 38.

(1) L. 1. §. 23. de tutelae. L. 29. de adm. L. 8. C. arb. tut. L. 7. C. de pet. hered.

auch auf unsere Klagen Anwendung (2). Sie beginnt bei der actio tutelae und rationibus distrahendis mit dem Ende der Tutel, bei den übrigen, welche mehrmals und während der Vormundschaft angestellt werden können, mit der einzelnen Verletzung (3).

II. Die Einrede der directen und indirecten prozessualischen Consumtion. Diese Einrede setzt voraus, daß dieselbe Rechtsfrage unter den nämlichen Personen zum zweiten Male zur Sprache gebracht wird. Wenden wir dies auf unsere Klagen an, so ergeben sich für dieselben folgende Sätze:

A. Ist mit der actio furti geklagt worden und es wird die actio rationibus distrahendis angestellt u. s. w. so gilt keine exceptio rei judicatae, weil hier zwei verschiedene Schuldposten vorhanden sind, von welchen einer ex delicto, der andere ex administratione herrührt und keiner durch die Consumtion des andern getilgt wird (4).

B. Ist dagegen mit der condictio furtiva geklagt, so wird die actio rationibus distrahendis consumirt, denn da sie nur auf das Doppelte des Schadens geht, welcher dem Pupillen durch das Furtum zugefügt ist, dieser Schaden aber

(2) L. 3. C. de praescr. XXX. vel annorum.

(3) Wunderlich ist die Bestimmung der L. Rom. Burg. t. XXXVI. Tutelae vero actione, ab exordio petiti curatoris usque ad tricesimum pupilli aetatis annum i. e. per annos sedecim qui tutelam gesserunt rationem reddere coguntur. vgl. Barkow. p. 104.

(4) L. 1. §. 22. L. 2. §. 1. de tutelae. L. 33. de furtis.

in Folge der condictio erstattet ist, so existirt kein Object mehr, welches der Judex dupliren könnte (5).

C. Ist mit der actio rationibus distrahendis geklagt, so ist dadurch die actio tutelae oder negotiorum gestorum in Beziehung auf diese einzelne Sache consumirt, nicht aber in Beziehung auf die übrigen Gegenstände, weil mit jener Klage nur das, was der Vormund wegen seiner Unterschlagung aus der Tutel schuldig ist, in's Judicium deducirt worden, aber nicht die übrigen aus der Vormundschaft herrührenden Ansprüche (6).

D. War bereits früher mit der actio tutelae geklagt, so kann weder die actio rationibus distrahendis, noch die actio tutelae selbst zum zweiten Mal gebraucht werden, weil durch die erste Klage ohne Ausnahme Alles (7) in's Judicium deducirt und consumirt ist, was der Kläger irgendwie aus der Tutel fordern darf (8). Nur wird dabei vorausgesetzt, daß die zuerst angestellte Klage nach bereits beendigter Vormundschaft geltend gemacht wurde. War sie dagegen während der Dauer der Vormundschaft gebraucht worden, so ist durch sie nichts consumirt, denn da dem Kläger damals

(5) L. 2. §. 1. cit. tollitur hoc judicium, (Basil. T. V. p. 65. ἀναιρεῖται ἡ ῥ. δ.) quia nihil absit pupillo. Ohne Noth wollen Viele dies quia in quamdiu oder quatenus verwandeln. Schulting Notae T. IV. p. 477. Thibaut Civ. Abh. N. IX. S. 196—200. Vgl. aber Ribbentrop Correalobl. S. 56 N. 1.

(6) L. 1. §. 21. de tutelae.

(7) Vgl. die Formel §. 155.

(8) L. 1. §. 21. eod. L. 38. pr. pro socio. Doch gab es hier wie sich sogleich zeigen wird, oft eine indirecte Hülfe. Vgl. Ribbentrop Correaloblig. S. 58. N. 1.

noch gar keine Klage zustand, so konnte auch keine in's Judicium deducirt werden (9).

E. Hingegen die actio negotiorum gestorum gegen den Curator minoris kann immer noch angestellt werden, wenn auch gegen den Tutor und dessen Erben bereits geklagt sein sollte, weil in ihrer Intentio eine ganz andere Rechtsfrage und Forderung zur Sprache gebracht wird, als in der Tutelklage, folglich der curator minoris durch Anstellung der ersten Klage gegen den Tutor oder dessen Erben weder ipso jure liberirt werden noch exceptio rei in judicium deductae oder rei judicatae erwerben kann (10).

F. Ist hingegen schon mit der actio negotiorum gestorum wegen derselben Rechtsfrage gegen den curator minoris geklagt, so gilt die prozessualische Consumtion auch hier. Nur ist dabei zu bedenken, daß die actio negotiorum gestorum nicht nothwendig generell ist, wie die actio tutelae, sondern auch wegen einzelner Punkte angestellt werden kann (11).

Diese prozessualische Consumtion kann nun aber oft eine große Härte enthalten. In solchen Fällen kommt der Prätor dadurch zu Hülfe, daß er entweder die Klage als utilis actio tutelae restituirt, wenn sie nämlich durch Deduction in ein legitimum judicium ipso jure consumirt war (12) oder,

(9) L. 4. §. 2. de tutelae. Si adhuc impubes tutelae agat, (natürlich altero tutore auctore, sonst wäre der Satz äußerst trivial) nehil consumitur.

(10) L. 23. de tutelae. vgl. Keller a. a. O. S. 233. L. 39. §. 15. de adm.

(11) L. 5. §. 6. de adm.

(12) L. 2. C. de judiciis. L. 1. C. si adv. rem jud. L. 25. de adm. Keller a. a. O. S. 530 —

daß er, wenn sie ipso jure noch vorhanden ist, gegen die exceptio rei in judicium deductae oder rei judicatae, welche der Beklagte durch die erste Litiscontestation oder das Urtheil erworben hat, doli replicatio giebt (13). Eine solche Hülfe gewährt der Prätor bei minor aetas und andern justis causis z. B. wenn der Beklagte durch Versehen der Curatoren auf zu wenig condemnirt ist, oder wenn in den Rechnungen, auf deren Grund die Condemnation ausgesprochen wurde, durch die Schuld des Beklagten Posten gar nicht aufgeführt sind und so der Kläger ohne alle Schuld von seiner Seite zu wenig bekommen hat (14).

III. Die Einreden der Zahlung, des Vergleichs, Compromisses und außergerichtlichen Eides (15). Diese Einreden sind bald wahre Römische Exceptionen z. B. wenn der Vergleich durch bloßes pactum geschlossen wurde (16), bald zerstören sie die Obligation ipso jure und werden durch ein einfaches Läugnen der Klage in judicio geltend gemacht, z. B. wenn der Transact in eine stipulatio Aquiliana deducirt ist (17). Dem Umfang nach zerstören sie die Klage oft nur partiell, denn wenn der Transact nur über einen Theil der Obligation geschlossen war, so darf der Judex, da die actio tutelae bonae fidei ist, nicht total absolviren, sondern muß auf den Ueberrest condemniren, vorausgesetzt freilich,

535. Ribbentrop Correaloblig. S. 87. N. 4.

(13) L. 45. §. 6. de adm. Keller a. a. O. S. 530—535.

(14) L. 25. 46. §. 6. de adm.

(15) L. 1. §. 3. de usuris. Quinctil. Declam. CCCCLV. T. IV. p. 353. Bip.

(16) L. 122. §. 5. de V. O. L. 3. pr. de recept.

(17) L. 3. C. de transact.

daß die Einrede in der Form einer bloßen sogenannten negativen Litiscontestation vorgekommen ist, denn eine Römische exceptio würde freilich den Judex zu unbedingter Absolution nöthigen (18). Daß übrigens zur vollen Wirksamkeit aller dieser Geschäfte major aetas vorausgesetzt wird, versteht sich aus allgemeinen Gründen von selbst (19). Bei Annahme der Zahlung bedarf es selbst der Zuziehung des Curators oder der Obrigkeit (Thl. II. §. 143.).

IV. Die Einrede der Remission. Ein Erlaß der actio tutelae (20) u. s. w. kann entweder durch remissorischen Vertrag oder durch letzten Willen vorkommen. Im ersten Fall ist er eine eigentliche Schenkung, deren Wirkungen theils von der gewählten Form, theils von der Volljährigkeit des Schenkers abhängen (21). Im letzten Fall kann der Erlaß im letzten Willen des Vaters oder des Pflegbefohlenen selbst, und in beiden durch Legat oder durch Fideicommiß gegeben werden. Das Römische Recht unterscheidet hier aber verschiedene letztwillige Verfügungen mit ganz verschiedenen Wirkungen:

(18) L. 3. C. de transcat.

(19) L. 4. 5. C. de transact. L. 3. pr. de recept. Labeo ait, si compromisso facto sententia dicta est, quo quis a minore XXV annis tutelae absolveretur, ratum id a Praetore non habendum: neque poenae eo nomine commissae petitio dabitur.

(20) Lipenius unter tutor aneclogistus.

(21) L. 1. 34. C. de transact. L. 8. C. arb. tut. Doch s. L. 39. §. 13. de adm. Ab eo qui restitutionis auxilio non juvatur, quaestio culpa tutorum conventione remitti potest, *nec donatum sed transactum videtur.* (weil der Kläger dadurch der weitläuftigen Untersuchung der Culpa entgeht und die reliqua ohne Abzug bekommt.)

A. Das Legat oder Fideicommiß, wodurch die Rechnungsablegung erlassen wird. Es kommt ungefähr mit den Worten: rationes exposci oder reposci oder exigi nolo, tutores aneclogistos esse volo, ἀνεκλογίςους, ἀνεξετάςους, ἀλογοθετήτους εἶναι βούλομαι und in ähnlichen Formeln vor (22). Die Wirkung dieses Vermächtnisses besteht allein in dem Erlaß der Ansprüche wegen levis culpa (23). Es wird demnach weder das Factum der Ablegung der Rechnungen (24), noch die Herausgabe dessen, was der Vormund von dem Mündelvermögen noch in Händen hat (25), noch endlich die Prästa-

(22) L. 5. §. 7. de adm. L. 23. §. 2. de pecul. leg. Basilic. Tom. IV. p. 831. const. 5.

(23) L. 119. de leg. 1. Si servus vetitus est a testatore rationes reddere, non hoc consequitur, ut ne quod apud eum sit, reddat et lucrifaciat, sed ne scrupulosa inquisitio fiat: hoc est, ut negligentiae ratio non habeatur, sed tantum fraudium. Ideo et manumisso non videtur peculium legari per hoc, quod vetitus est rationes reddere. L. 72. §. 3. de C. et D.

(24) L. 5. §. 7. de adm.

(25) L. 41. de adm. L. 20. §. 1. de lib. leg. L. 9. eod. L. 72. §. 2. 3. de C. et D. L. 28. §. 4. de lib. leg. Scaevola Lib. 16. Dig. Maevia testamento suo alterum ex heredibus suis actione tutelae voluit liberari his verbis: *rationem tutelae, quam egit Julianus Paulus cum Antistio Cicerone, posci ab eo nolo, eoque nomine causa omni liberatum esse volo:* Quaero an si qua pecunia ex tutela apud eum remansit, peti ab eo possit? Respondit nihil proponi, cur pecunia, quae pupillae est, et apud tutorem posita maneret, legata videretur. Diesen Stellen widerspricht indeß ein responsum desselben Scävola (aus Lib. 3. resp.) L. 31. §. 2. de lib. legata, welches bis auf den Namen und einige Abkürzungen mit dieser L. 28. §. 4. fast gleichlautend ist, an dessen Schluß es aber heißt: Respondit: nihil proponi, cur *non* pecunia, quae pupilla esset et apud tutorem remaneret, legata videretur. Daß dieses non in dieser letzten Stelle gestrichen werden muß, ist um so unbedenklicher, als aus den fingirten Namen hervorgeht,

tion von Dolus (26) und lata culpa (27) als durch ein solches Legat erlassen angenommen. So willkührlich diese Interpretation beim ersten Anblick aussieht, so wenig ist sie es bei näherer Betrachtung. Denn die Abnahme der Rechnungen kann der Testator nicht erlassen, weil dieses dem jus publicum d. h. den unabänderlichen Grundbestimmungen der Vormundschaftsordnung entgegen sein würde (28). Die Herausgabe der reliqua kann der Erblasser nicht remittiren, weil der Vormund aus der Tutel, als einem liberale officium, nicht lucriren darf (29). Die Prästation von Dolus und culpa lata kann er endlich nicht aufheben, weil diese Verfügung der guten Sitte entgegen sein würde (30). Soll demnach die Verfügung überhaupt etwas Erlaubtes bezweckt haben, und dies ist doch zu vermuthen, so muß sich der Erblasser darunter gedacht haben, daß nicht allzu genaue Nachforschung wegen jedes geringen Versehens angestellt werden, mit andern Worten, negligentia erlassen sein soll. Dasselbe muß aus gleichen Gründen auch bei remissorischen Verträgen (31) angenommen werden.

daß sie offenbar aus jener ersten entlehnt ist. Vgl. über die verschiedenen Vereinigungsversuche: Schulting Notae ad Dig. ad L. 31. §. 2. de lib leg. Tom. V. p. 454. n. 2. Besonders Walch introd. in controv. jur. civ. Sect. II. c. 4. Memb. II. §. 52. N.

(26) L. 5. §. 7. 41. de adm. L. 9. 20. §. 1. de lib. leg. L. 72. §. 2. 3. de C. et D.

(27) Hasse's Culpa §. 43.

(28) L. 5. §. 7. de adm. Nemo enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam. Dieser Grund ist ganz allgemein, obgleich die Stelle nur vom Vater redet.

(29) L. 58. pr. in fin. de adm.

(30) L. 6. C. de pact.

(31) L. 39. §. 13. de adm.

B. Das Legat oder Fideicommiß der Ansprüche aus der Vormundschaft, insbesondere der reliqua und der Forderungen aus dem Dolus des Vormundes. Daß es ohne vorher abgelegte Rechnung nicht vorkommen kann, ergiebt sich aus dem Bisherigen. Nach derselben aber geht die Tutelschuld in eine ganz gewöhnliche Forderung über, welche gleich jeder andern durch Transact, Novation, Acceptilation und Testament zerstört werden kann (32). Nur muß sich der Erblasser in letzterm diesem Zweck angemessen und deutlich erklärt haben, da in der liberatio a rationibus reddendis dieses Vermächtniß nicht enthalten ist.

V. Die Einrede der Compensation. Da in jedem bonae fidei judicium die Intentio den Judex anweist, auf Alles Rücksicht zu nehmen, was der Beklagte der Billigkeit nach dem Kläger schuldig ist, so liegt darin zugleich die stillschweigende Instruction, den Betrag der billigen Gegenforderungen gegen die Summe der Litis Aestimatio zu compensiren (33). Dieser Grundsatz findet auch auf unsere Klagen vollständige Anwendung (34). Nur werden dabei die allgemeinen Bedingungen der Compensation vorausgesetzt, namentlich Richtigkeit, Liquidität und Connexität der Forderung (35). Findet nun der Judex die Forderung unrichtig, so ist sie aberkannt und kann selbst im contrarium judicium

(32) L. 5. §. 7. de adm. Damnum vero, quodcunque ex tutela quis senserit, et legari et per fideicommissum relinqui potest. L. 4. C. de transact. L. 8. C. arb. tut. (Vgl. Cujac. Obss. XVII. 6. Dirksen Civ. Abh. II. Abh. 3. S. 455 ff.)

(33) Gajus IV. 61—63.

(34) L. 3. C. de contr. jud. tut.

(35) Gajus IV. 61. L. 1. §. 4. de contr. tut. L. 3. de tutelae.

nicht wieder zur Sprache gebracht werden, weil die exceptio rei judicatae entgegenstehen würde (36). Findet er sie blos noch illiquide, so kann er den Kläger eine cautio judicialis dahin leisten lassen, daß er nach erfolgter Liquidation sie zahlen wolle (37). Sollte indeß diese Caution auch unterblieben sein, so kann der Vormund später, wenn auch nicht ex stipulatu, doch contrario tutelae oder negotiorum gestorum judicio klagen ohne exceptio rei judicatae fürchten zu dürfen, da die Forderung nicht aberkannt ist (38). — Wird endlich die Forderung zur Compensation tauglich gefunden, so bewirkt sie keine totale Absolution des Vormundes, weil sie nicht durch eine doli exceptio geltend gemacht wird, sondern sie mindert blos die Condemnation, so daß der Kläger den Rest seiner Tutelforderung dennoch bekommt (39). Beträgt jedoch die Gegenforderung mehr, als die Hauptklage, so bleibt der Anspruch des Beklagten, da der Judex den Kläger nicht condemniren, sondern höchstens abweisen kann, dem contrarium judicium vorbehalten.

8.

(36) L. 8. §. 2. de neg. gest.

(37) L. 3. de tutelae.

(38) L. 1. §. 4. de contraria tutelae.

(39) L. 3. C. de contr. jud. tut. tutelae te convenit apud competentem Judicem reddere rationem, qui secundum bonam fidem, eorum, quae patrem tuum in rem ejus erogasse dicis, admissa compensatione, reliqui (si quid amplius debetur) faciet condemnationem.

8. Verfahren.

§. 182.

Schließlich enthält das gemeine Recht noch folgende das Verfahren in unsern Klagen betreffende Bestimmungen.

I. Im Allgemeinen genießt hier der Kläger den Vortheil eines ungewöhnlich schleunigen Prozeßganges. Dieser im Römischen Prozesse schon ursprünglich angenommene Grundsatz (1) wurde, nachdem die Praxis nachlässiger geworden war, in späterer Zeit in mehreren Constitutionen wieder eingeschärft, welche theils im Allgemeinen schleunige Restitution der Tutel anbefehlen (2), theils insbesondere die Weitläuftigkeit der Denunciationen für unsere Klagen erlassen, welche letztere Vorschrift freilich für den Justinianischen Prozeß keine Bedeutung mehr hat (3).

II. Gegenstand dieses Verfahrens ist nun die Prüfung und Justification der abgelegten Rechnung, welche bei den Jahres- und Schlußrechnungen im Ganzen auf die nämliche Weise erfolgt. Die Grundlagen des Verfahrens dabei sind zwar schon Römisch, allein die nähere Ausbildung gehört erst der neuern Praxis und Gesetzgebung (4) an. Die **Prüfung**

(1) Cic. pro Caecina c. 2. in fin. c. 3.

(2) L. 6. C. arb. tut. (Diocl. et Max. 290.) Non dubitabit Praeses residuum pretium cum usuris *celeriter* vobis restitui jubere.

(3) L. 6. C. Theod. de denunt. (Honor. et Theod. a. 406.) vgl. mit L. 4. C. de interdictis.

(4) Preuß. Landr. §. 662—678. G. O. 39. 27. Oesterr. Gesetzb. §. 241. 242. vgl. Füger das adliche Richteramt ed. 3. Wien 1824. Thl. III. S. 94—126. Mittermaier im Archiv für civ. Praxis. Bd. XVI. H. 2. S. 228 ff. N. VI.

der Rechnung ist besonders darauf zu richten, ob die Angabe des Vermögens richtig und vollständig ist, ob der Vormund die ihm bei der Erhaltung und Vergrößerung des Vermögens obliegenden Pflichten beobachtet hat, ob die gemachten Ausgaben zweckmäßig und nöthigenfalls genehmigt waren (5) und ob bei der ganzen Rechnung keine Rechnungsfehler begangen worden sind. Die aus dieser Prüfung hervor gegangenen Monita, Notate, oder Defecte werden dem Vormunde zur Beantwortung mitgetheilt. Die Justification der Rechnung aber besteht darin, daß diese Beantwortung mit dem Vormunde durchgegangen, die erledigten Posten für richtig angenommen (6), die unerledigten aber dem Vormunde zur Last gelegt und ihm deren Erstattung aufgegeben und wenn er sie nicht anerkennen will, zur Einklagung nöthigenfalls ein curator ad litem bestellt wird (7). Nach abgelegter Schlußrechnung wird ihm zugleich die Ausfolge des Vermögens an den Pflegling selbst oder dessen neuen Vormund anbefohlen.

III. Einige besondere Bestimmungen finden sich über die Beweismittel, welche sowohl der Kläger zur Begründung seiner Forderungen, als auch der Beklagte zu seiner Rechtfertigung benutzen darf.

(5) L. 1. pr. §. 2. 8. 9. de tutelae. L. 2. pr. Ubi pup. L. 32. §. 6. D. L. 3. C. de adm.

(6) L. 2. pr. Ubi pup. Officio judicis qui tutelae cognoscit, congruit, *reputationes tutoris* non *improbas admittere*. L. 3. C. de adm. Sumptus in pupillum tuum necessario et ex justis honestisque causis judici qui super ea re cogniturus est, si probabuntur facti, *accepto ferentur*, etiamsi Praetoris decretum de dandis eis non sit interpositum.... Cic. in Verr. 1. 43.

(7) Preuß. A. G. O. Thl. 1. Tit. 39. §. 27.

A. Was nämlich zunächst die Geständnisse des Vormundes über die Größe des Vermögens betrifft, so war deren Beweiskraft im ältern Recht bestritten. Justinian hat diese Controverse dahin entschieden, daß die mündlichen Aussagen des Vormundes gar nichts beweisen, die Angaben im Inventar aber den vollständigsten Beweis gegen ihn begründen sollen (8), weil er nicht so thöricht sein werde, in diese öffentliche Urkunde etwas ihm Nachtheiliges aufnehmen zu lassen: eine Vermuthung, gegen welche indeß gewiß Gegenbeweis zulässig ist (9). Angaben des Testators über die Größe des Vermögens kommen gar nicht in Betracht (10).

B. Außerdem konnte der Judex im Römischen Prozesse, besonders in Ermangelung anderer Beweismittel, nächst dem Schätzungseide (§. 174.) auch die Rechnungen der Sclaven zum Beweise benutzen und wenn der Vormund deren Verfälschung behauptet, sogar die Folter gegen die Rechnungsführer anwenden (11).

C. Auch Schlußfolgerungen (indicia, argumenta liquida) können gebraucht werden, nur müssen sie bündig sein, so daß z. B. aus dem zunehmenden Reichthum des Vormundes nichts gefolgert werden kann (12).

(8) L. 13. pr. C. arb. tut. (530) cf. Merill. Expos. in L. decis. Just. ad h. t. (Opp. II. 27.). P. F. Linglois L. decision ad h. t. (Qu. III. p. 217).

(9) W. A. Schöpff D. de probatione contra inventarium. Tubingae 1732. §. 6—8.

(10) L. 1. C. arb. tut.

(11) Paull. V. 16. 2. L. 1. §. 3. de tutelae (Severus). L. 34. D. L. 3. C. Th. i. e. L. 22. C. de adm.

(12) L. 10. C. arb. tut. L. 2. 5. C. de in lit. jur. Eine andere Ansicht findet sich im jüdischen Vormundschaftsrecht. Mendelssohn's Ritualges. der Juden. II. 1. §. 13.

IV. Gegen das Urtheil finden gemeinrechtlich folgende Rechtsmittel Statt:

A. Die Appellation (13).

B. Die in *integrum restitutio* aus ihren verschiedenen Rechtsgründen, z. B. für den Kläger wegen Minderjährigkeit, wegen prozessualischer Nachlässigkeiten u. dgl. (14).

C. Bisweilen ist die Appellation gar nicht einmal erforderlich, sondern eine einfache Beschwerde hinreichend, z. B. wenn in dem Erkenntniß ein Rechnungsfehler enthalten ist (15), bestehe er nun in der Addition der verschiedenen Posten, oder in Auslassung eines einzelnen Punctes. Diese Beschwerde ist dann auch nicht an die Appellationsfatalien gebunden (16).

D. Der *retractatio* quittirter Rechnungen gedenken die gemeinrechtlichen Quellen nur bei Administrationen städtischer Gelder (17), obgleich Particularrechte sie zulassen (18).

(13) L. 28. §. 2. de app. L. 122. §. 5. de V. O. Auch die Extrajudicialappellation: J. Claproth Rechtswiss. von freiwill. Gerichtshandl. §. 153.

(14) Nach der Lübischen V. O. vom 11. Oct. 1820. §. 78. ist dieselbe auf 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage beschränkt.

(15) L. 1. §. 1. Quae sent. sine app. L. un. C. de errore calculi.

(16) L. 8. pr. de adm. rer. ad civ.

(17) L. 13. §. 1. de div. temp. praescr. L. 8. §. 1. de adm. rer. ad civ. Die actio rationibus distrahendis ist aber kein Anfechtungsmittel abgelegter Rechnungen, wie Thibaut System §. 540. annimmt. vgl. L. 1. §. 21. de tutelae.

(18) vgl. v. Leonhardi Vorm. Lehre. S. 118.

B. Actiones contrariae.

1. Calumniae judicium.

§. 183.

Nächst den Einreden gegen die directen Klagen stehen dem Tutor, Curator, Protutor und Procurator auch seinerseits besondere Klagen zu. Diese Gegenklagen sind theils calumniae, theils contraria, theils extraordinaria judicia.

Das calumniae judicium bezieht sich auf den Fall, wenn der Pflegling, wissend, daß er eine schlechte Sache habe, also aus Chicane gegen den Beklagten, den er mit Hülfe der Unkunde oder Unbilligkeit des Judex zu überwinden hofft, das directum judicium gegen den Vormund anstellte (1). Unsere Quellen erwähnen es zwar nur dem tutelae judicium gegenüber (2), da es indeß ganz allgemeiner Natur war, so versteht es sich von selbst, daß es auch der utilis curationis causa und der protutelae actio opponirt werden konnte (3). Es kann übrigens nicht blos nach beendigtem directum judicium, sondern auch während desselben erhoben werden, in welchem Fall es erst mit dem directum judicium zugleich entschieden wird. Gelingt dem Vormund der Beweis der Calumnia seines Gegners, so wird ihm der letztere auf den zehnten Theil des Objectes condemnirt, welches er gegen ihn (den Vormund) einklagen wollte (4).

(1) Gajus IV. 178.

(2) L. 3. C. Herm. de calumn. oder Consult. c. 6.

(3) Gajus IV. 175.

(4) Gajus IV. 175. 178.

Wegen der Schwierigkeit dieses Beweises sind jedoch zwei andere Wege sehr wichtig, welche dem Vormund außer diesem calumniae judicium in unserm Fall noch offen stehen. Der eine ist das jusjurandum de calumnia, welches der Vormund vom klagenden Pupillen fordern kann, der andere die actio ex stipulatu, mit welcher er die poena restipulationis einklagt, die er gleich im Anfang für den Fall, daß der Kläger unterliegen sollte, sich repromittiren lassen darf (5). In beiden Fällen wird jener Beweis der calumnia vom Vormunde nicht gefordert, dafür aber fällt auch das calumniae judicium hinweg (6), d. h. es kann zwar die poena decimae partis in stipulatum deducirt und dann mit der actio ex stipulatu (welche in diesem Fall calumniae genannt wird, wie sie in einem andern Fall, nämlich bei der dotis stipulatio, de dote heißt) eingeklagt werden, aber das judicium calumniae findet dann als ein besonderes Judicium nicht mehr Statt (7).

Justinian hat diese Strafe, welche zu seiner Zeit außer Gebrauch gekommen war (8), nicht nur wieder hergestellt, son-

(5) Gajus IV. 180.

(6) Gajus IV. 181. *Sane* si ab actore *ex causa* restipulationis poena petetur, ei neque calumniae judicium opponitur, neque jurisjurandi religio injungitur.

(7) Consult. c. 6. s. L. 3. C. Herm. de calumn. Tibi magis, quam adversario, qui per calumniam petit, contra quem supplicas, judicio tutelae convenit excipere actionem, ad quam respondere debes: quippe, si per calumniam hoc eum facere confidis, remedio repromissionis initio postulatae, calumniae decimae partis ejus, quod petit, tibi condemnari eum desiderare potes. Vgl. Cujac. Obss. VII. obs. 5.

(8) §. 1. J. de poen. temere litig.

dern anstatt der bloßen Repromission im Anfang selbst eine Satisdation anbefohlen, welche den Beklagten ebenfalls des Beweises der calumnia überhebt, übrigens aber auf dasselbe Object, nämlich ein Zehntheil der libellirten Summe gerichtet ist. Nur wenn der Kläger keinen Bürgen stellen kann und dies beschwört, reicht juratorische Caution aus (9). Im Mittelalter sind diese Cautionen jedoch überhaupt außer Gebrauch gekommen (10) und deshalb in unsern heutigen Vormundschaftsklagen nicht üblich.

2. Contrarium judicium.

§. 184.

Quellen:

D. XXVII. 4. de contraria tutelae et utili actione.
C. V. 58. de contrario judicio tutelae.

Eine ganz andere Bedeutung hat das contrarium judicium. Diese Klage soll nämlich nicht, (wie etwa das contrarium judicium gegen die Injurienklage u. s. w.) eine Strafe des leichtsinnigen oder böswilligen Prozessirens enthalten, welche der Pflegling im Fall des Unterliegens in den directis judiciis dem Vormund unnachsichtlich bezahlen müß-

(9) Nov. 112. c. 2. pr. Nach späterm Recht genügte, wenn der Kläger Argentarius war, immer bloße Repromission, Just. Ed. 7.

(10) Bignon. ad Marculf. 1. 20. Tancred. de ord. jud. lib. II. p. 228. ed. Argent. 1545. Sed licet jura cautiones has praecipiant offerri, temporibus tamen usu eas praestari non videmus. Bartol. Tr. de ord jud. §. 8. ed. Martin. Cautiones vero, quae in Nov. 112. dicuntur, de consuetudine non servantur.

te (1); sondern sie soll dem Vormund blos wieder verschaffen, was er aus seinem eigenen Vermögen auf die Verwaltung der Vormundschaft ex fide bona aufgewendet hat.

Gleichwie nämlich der Vormund durch jeden Administrationsact, den er nicht wie er soll verrichtet, dem Pflegling obligirt wird, alle diese einzelnen Obligationen aber demnächst in den directen Klagen zusammengefaßt werden, eben so wird auch umgekehrt der Pflegling aus der Administration seinem Vormunde zur Erstattung aller Aufopferungen und Auslagen, die er um der Vormundschaft willen gehabt hat, civiliter verpflichtet. Der Entstehungsgrund dieser Obligation ist kein Contract, sondern eine allgemeine Rechtsregel (ex re, quasi ex contractu obligatus est), deren letzter Grund darin besteht, daß die Vormundschaft kein munus patrimonii, sondern ein personale ist (Thl. I. S. 4.). Daraus erklärt sich denn von selbst, daß in diesem Fall auch ein völlig willenloser z. B. ein Ungeborener, ein Pupill, ein Wahnsinniger, ein Verschwender und noch dazu seinem eigenen Vormunde (Thl. II. §. 125.) obligirt werden kann (2).

Diese Obligationen kann der Vormund allerdings schon im Wege der Compensation gelten machen, sofern nämlich der Pflegling gegen ihn klagend auftritt, seine Gegenforderung liquide ist und die Höhe der Hauptforderung nicht übersteigt.

Um aber dem Vormunde ein allgemein ausreichendes, mithin auch außer diesen Fällen wirksames Rechtsmittel zu ver-

(1) Gajus IV. 177—179. 181. de O. et A. §. 2. J. de obl. quae
(2) L. 1. pr. h. t. L. 5. §. 1. quasi ex contr.

schaffen, führte man vier verschiedene contraria judicia ein, nämlich die actio tutelae contraria für den Tutor, die actio (negotiorum gestorum) utilis contraria für die verschiedenen Curatoren, die actio protutelae und pro curatore negotiorum gestorum contraria für den Protutor und Procurator (3).

I. Ueber das Geschichtliche dieser Klage wissen wir nur viel, daß sie sich durch Juristenrecht ausgebildet hat (4), daß sie dem Labeo schon bekannt war und bereits zu Sabinus Zeit auf die verschiedenen Arten der Curatoren angewendet wurde (5).

II. Was die Partheien betrifft, so ist der Kläger zunächst der Tutor, Curator, Protutor und Procurator selbst (6), dann aber auch dessen Erben und übrige Successoren und zwar theils als Successoren in die Forderung ihres Erblassers (7), theils wegen ihrer eigenen Auslagen (8), da ja auch die directa wegen eigener Administration des Erben gegeben

(3) Cic. de off. III. 17. — §. 2. J. de obl. q. q. ex contr. L. 5. §. 1. de O. et A. L. 1. pr. — §. 2. 8. h. t. — L. 2. de neg. gest. Rubr. D. h. t. de contraria tutelae et utili actione. — L. 5. de eo qui pro tut. L. 1. §. 1. h. t. — Sponheim. Untergerichtsordn. v. 1578. Tit. 85. Preuß. Landr. §. 257—262.

(4) L. 1. pr. h. t. (receptum est). Die Worte Ulpian's: Contrariam tutelae actionem Praetor *proposuit induxitque in usum* können am wenigsten in einem Commentar über das Edict prätorischen Ursprung der Klage beweisen. Ribbentrop Correaloblig. S. 54. Note 8.

(5) L. 1. §. 2. h. t.

(6) L. 1. §. 1. 2. h. t. L. 5. de eo qui pro tut.

(7) L. 3. §. 9. h. t.

(8) L. 5. h. t. Heredes tutoris si eam summam solverint, in quam obligati fuerint pupilli, actionem contrariam adversus eos habere posse respondi.

wird. Beklagter ist der Pflegbefohlene selbst, dessen Erben, und die übrigen Successoren, auf welche das verwaltete Vermögen fällt z. B. die Substituten, die nachfolgenden Intestaterben u. s. w. (9)

III. Der Zeit nach kann wenigstens die actio tutelae contraria erst nach Beendigung der Vormundschaft angestellt werden, weil sie eigentlich eine Nachklage ist und die Vorklage selbst nicht eher gebraucht werden kann. Die actio negotiorum gestorum und protutelae contraria wird hingegen aus demselben Grunde durch diese Dilation nicht suspendirt (10).

Soweit geht jedoch die Abhängigkeit jener Klage von der Vorklage nicht, daß sie deren wirkliche factische Anstellung als geschehen voraussetzte, wie man aus dem ursprünglichen Begriffe des contrarium judicium zu schließen geneigt sein könnte. Vielmehr kann sie selbst dann gebraucht werden, wenn der Pflegling weit mehr schuldig ist, als er zu fordern hat und deshalb entweder gar keine Vorklage, oder etwa nur die actio rationibus distrahendis, nicht aber die generelle Vormundschaftsklage anstellen will (11).

IV. Die Intentio in dieser Klage geht auf Entschädigung und Ersatz alles Aufwandes, welchen der Kläger bona fide auf die Verwaltung der Vormundschaft gemacht hat (sumptus bona fide in tutelam facti).

Dieser Satz hat der Sache selbst nach gar keinen Zwei-

(9) L. 3. §. 9. h. t.

(10) L. 1. §. 3. h. t. L. 4. eod.

(11) L. 1. §. 8. h. t. L. 2. eod. vgl. L. 10. de neg. gest. L. 17. §. 1. L. 18. Commod.

fel (12), obgleich die eigenen Ausdrücke der Formel, die ihn aussprachen, uns nicht erhalten sind, wenn nicht etwa die Worte: quod tutori propter tutelam aberit, welche wir hin und wieder lesen (13), noch aus derselben herstammen.

Soll demnach eine Gegenforderung des Vormundes berücksichtigt werden, so muß dabei dreierlei zusammen treffen:

A. Es muß eine eigentliche Verwendung d. h. ein auf die Vormundschaft aus dem eigenen Vermögen des Vormundes gemachter Aufwand vorhanden sein.

Der Vormund kann folglich mit dieser Klage keine Liberation von der *actio tutelae directa* verlangen, denn was er Kraft dieses Judicii dem Pupillen schuldet, ist keine Aufopferung aus seinem eigenen Vermögen, sondern eine Schuld, mithin nicht Gegenstand einer activen sondern einer passiven Obligation (14). Nach heutigem Recht kann jedoch der Vormund nach abgelegter und justificirter Schlußrechnung ein absolutorium d. h. eine feierliche Quittung wegen aller Forderungen aus der Vormundschaft verlangen (15).

(12) L. 3. §. 8. h. t. deducuntur enim in tutelae judicium (sc. contrarium) sumptus, quoscunque fecerit in rem pupilli; sic tamen si ex bona fide fecit. L. 1. §. 6. eod. . . quodcunque aliud gessit pro utilitate pupilli, id contrario judicio consequetur. L. 33. §. 3. de adm. Principalibus Constitutionibus declaratur: Sumptuum qui bona fide in tutelam, non qui in ipsos tutores fiunt, ratio haberi solet: nisi ab eo, qui eum dat, certum solatium ei constitutum est.

(13) L. 3. h. t. de his quae ei *propter tutelam absunt.* L. 4. h. t. contrario judicio, *si quid ei aberit,* persequi debet. L. 28. de neg. gest. quia ei *abesse* videtur, in quo obligatus est.

(14) L. 3. §. 1. h. t.

(15) L. Wisig. IV. 3. 4. Preuß. Landr. §. 885—899. Oesterr. G. B. §. 263. Lüb. V. O. v. 21. Oct.

Eben daher kann der Vormund auch wohl keinen Ersatz des **zufälligen Schadens** verlangen, den er bei Gelegenheit der vormundschaftlichen Administration etwa erlitten hat, da diese Gefahr zu den nothwendigen Nachtheilen des persönlichen Amtes mit gehört (16), die dem Pupillen doch billiger Weise nicht zur Last gelegt werden können.

Uebrigens kann die Art und Weise der Verwendung im Einzelnen noch sehr verschieden sein:

1. Zuvörderst nämlich kann die Verwendung in der **Aufopferung eines Rechts** bestehen, sei es nun **Eigenthum** oder eine **Forderung** oder eine **Actio**, was der Vormundschaft zum Opfer gebracht wird.

a. Der erste Fall, namentlich **Ausgabe einer Summe Geldes** ist der gewöhnlichste und unter dem Ausdruck impensae im genauern Verstande gewöhnlich allein gemeint (17). Einzelne Anwendungen dieses Falles sind z. B. wenn der Vormund drückende Schulden des Mündels abbezahlt (18); wenn er den Mündel selbst anstatt eines Debitors befriedigt, den er hat insolvend werden lassen, wo er mit der actio contraria auf Cession der Klage gegen diesen Debitor klagen kann (19), wenn er als curator in litem Prozeßkosten gezahlt hat u. dgl. (20). So-

1820. §. 78. Hannöv. Vorm. Instr. §. 104. 105.

(16) L. 26. §. 6. Mandati. A. M. ist Voet. ad Pand. h. t. §. 7. wegen L. 52. §. 4. pro socio. L. 61. §. 5. de furtis. Allein es ist auch nicht genau dieselbe ratio vorhanden. Diese Meinung ist gleichwohl im Preuß. Landr. 258. angenommen worden.

(17) L. 1. §. 5. h. t.

(18) L. 3. §. 1. seqq. h. t.

(19) L. 95. §. 10. de solut. vgl. mit L. 1. 2. C. h. t.

(20) L. 4. C. de in lit. dando. L. 1. §. 9. de tutelae.

bald nun der Vormund aus einem dieser Gründe eine Summe Geldes für den Pflegling ausgiebt, muß nicht nur diese Gelder selbst, sondern auch deren Zinsen als Verwendung betrachtet werden. Diese Zinsen sind gewöhnlich die landesüblichen, die der Tutor bekommen konnte, wenn er sein Geld auslieh, anstatt des Pfleglings Schulden damit zu bezahlen. Oft bekommt er jedoch andere Zinsen: nämlich wenn die Schulden des Pfleglings sehr drückend waren, dann müssen dem Vormund selbst die höhern Zinsen erstattet werden, die er durch Kündigung seines Capitals aufgeopfert hat, und wenn er eine Anleihe machen mußte, um seinem Mündel die Gelder vorschießen zu können, die Zinsen, welche er selbst seinem Creditor bezahlen mußte. Auch empfängt er diese Zinsen noch nach beendigter Tutel bis zur Erstattung der Hauptsumme, weil alle entbehrte Zinsen als Verwendung zu betrachten, mithin ohne Rücksicht auf Mora zu erstatten sind, da dem Vormund nicht zugemuthet werden kann, sein Geld dem Pupillen unverzinslich vorzustrecken. Jedoch wird, wie sich von selbst versteht, vorausgesetzt, daß der Vormund dabei verständig gehandelt und nicht etwa eigenes Geld verwendet oder fremdes aufgenommen hat, während die Mündelcasse selbst angefüllt war: es müßte denn etwa der Prätor, während das Pupillengeld zum Ankauf von Grundstücken deponirt war, dem Vormund auf seinem Antrag nichts davon haben verabfolgen lassen wollen. Endlich tritt auch in dieser Beziehung eine eigenthümliche Compensation mit den Zinsen ein, welche der Vormund seinerseits dem Pflegling schuldig ist, weil er Pupillengelder nicht auslieh oder in seinen Nutzen verwendete.

Sind nämlich beide Hauptsummen gleich, so werden die Zinsen gegen einander aufgehoben (21).

b. Forderungen des Tutors gegen den Pupillen gehören gewöhnlich nicht in unser Judicium, da der Vormund durch die Klage aus der Forderung vollkommen sicher gestellt ist, und dieselben außerdem keine Verwendung enthalten. Gesetzt aber er macht diese Forderung in Rücksicht seiner Stellung zum Pupillen, um vielleicht dessen zerrüttetes Vermögen sich erst erholen zu lassen, nicht geltend und leidet nun unterdessen Schaden daran, indem z. B. die Klage bis dahin verjährt ist, so nimmt dieser Schaden durch eine solche Stundung den Charakter einer Verwendung an und muß eben deshalb dem Vormunde ersetzt werden (22).

c. Von einer Aufopferung eines Klagrechts enthält ein Rescript Alexander Sever's vom Jahr 225 folgendes interessante Beispiel (23). Zwei Brüder besitzen einen Fundus jeder zur Hälfte. Einer von ihnen verkauft diesen Fundus ganz einem Dritten und stirbt darauf mit Hinterlassung ei-

(21) L. 3. §. 1—6. h. t. Preuß. Landr. §. 259—261.

(22) L. 1. §. 5—7. h. t. Im §. 7. lies ergo.

(23) L. 2. C. de in litem dando tutore vel curatore. An tibi partis fundi paterni vindicatio competat, is, cujus de ea re notio est, aestimabit. Respicere autem debes officium, in quo te esse tutorem dicis: ne ob ejusmodi petitionem evictione secuta, ultra pretii quantitatem auctoris heredem pupillum tuum oneres, qui laudatus per te defendi debeat: cum aut compensationis rationem habere aut contrario tutelae judicio experiri possis. Sed ne tuum jus, si quod habes, impediatur, ad eam rem defendendam, quae adversus te vindicantem agenda erit, curatores pupillo petantur.

nes unmündigen Kindes, zu dessen Vormund der andere Bruder bestellt wird. Dieser hat nun das Recht, seine mitverkaufte Hälfte aus den Händen des Dritten zu vindiciren. Nur wird alsdann aus formellen Gründen dem Pupillen, welcher als auctor in diesen Vindicationsprozeß mit hineingezogen wird, ein tutor praetorius oder curator ad litem bestellt werden müssen. Allein der Vormund thut nicht wohl diesen Weg zu wählen. Denn wenn nun der Pupill unterliegt und deshalb dem Käufer die dupla zu bezahlen hat, so muß ihm der Vormund davon die Hälfte ersetzen, weil er ihm und zwar ohne Noth, diesen Schaden zugezogen hat. Läßt aber der Vormund aus Schonung gegen seinen Pupillen seine Vindication ruhen, so kann er sowohl durch Compensation gegen das judicium tutelae als durch das contrarium judicium sich seines Schadens, aber natürlich nur des einfachen, an dem Mündel erholen.

2. Ferner kann aber die Verwendung auch in der Obligation der Person oder der Sachen des Vormundes bestehen. Alsdann kann derselbe die Befreiung von dieser Obligation durch Expromission oder Defensio oder Einlösung seines Pfandes verlangen (24) und zwar ersteres nicht blos bei Intercession und Novation, wie Cujacius behauptete (25), sondern bei allen Obligationen, die er für den Pflegling eingegangen ist (26). Man könnte zwar einwenden, daß in einem solchen Falle, wo

(24) §. 2. J. de obl. quae quasi ex contr. L. 5. §. 1. de O. et A.

(25) Cujac. Obss. XXVI. 20. Dagegen schon Voet. ad Pand. h. t. §. 10.

(26) z. B. Darlehnsobligationen. L. 5. §. 1. Quando ex facto.

der Vormund noch nichts für den Pupillen gezahlt, sondern sich erst blos obligirt hat, demselben noch nichts fehle (nihil tutori abest), allein da der Gläubiger ihn in jedem Augenblick zur Zahlung zwingen kann, so muß schon die Eingehung der Schuld als eine Aufopferung angesehen werden (27). Seit Ausbildung der utiles actiones gegen den Pflegling aus den Obligationen, welche der Vormund von Amts wegen eingehen mußte (Thl. II. §. 130. 148.), ist die actio contraria auf Defension oft gar nicht mehr nöthig.

3. Endlich kann die Verwendung auch in persönlichen Diensten bestehen, welche der Vormund für den Pupillen leistet, z. B. in Reisen, die er zu ihm oder in dessen Angelegenheiten übernimmt (28), (denn daß der Pupill zu ihm, dem Vormund, komme, kann dieser nicht verlangen) (29) in Diensten, welche er mit seiner Profession oder durch seinen Unterricht dem Pflegling leistet u. dgl. m.

B. Es müssen sumptus *in tutelam* facti vorhanden sein. Hiermit ist jedoch nicht gemeint, daß sie gerade während der Dauer der Vormundschaft aufgewendet sein müßten. Denn was der Vormund vor dem Anfang der Vormundschaft aufgewendet hat, z. B. als Protutor, curator ventris, u. s. w. das wird, wenn er es stehen läßt, wie jede andere Schuld in's judicium tutelae contrarium devolvirt; und was er umgekehrt späterhin ausgiebt, das kann, wenn es mit der vormund-

(27) L. 28. de neg. gest. id ei *abesse* videtur, in quo obligatus est.

(28) L. 1. §. 9. de tutelae.

(29) L. 2. de tutelis. Preuß. Landr. §. 262.

mundschaftlichen Verwaltung nur noch in Verbindung steht, immer noch als sumptus in tutelam betrachtet werden (30). Ausgeschlossen durch dieses Erforderniß sind aber die sumptus in ipsum tutorem facti (31), indem der Vormund für seine Mühwaltung weder Geld noch Geldeswerth fordern kann (32).

C. Endlich ist noch erforderlich, daß die Auslagen *bona fide* gemacht wurden, d. h. daß der Vormund einer verständigen Administration und dem wahren Interesse des Pfleglings gemäß verfahren ist (33). Ist dieses nicht der Fall, so wird der Pupill absolvirt, wenn der Vormund auch ein Decret des Prätors oder eine Bestimmung des Vaters des Pupillen aufweisen könnte (34). Ist er aber ex officio und als bonus und diligens paterfamilias zu Werke gegangen, so wird der Pupill selbst dann condemnirt, wenn die Auslagen des Vormundes den Betrag des Vermögens übersteigen (35), wenn dabei kein Decret des Prätors eingeholt ist (Thl. II. S. 258. 259.) und die Verwendung gar keinen Erfolg gehabt hat, indem z. B. die Sache, worauf sie gemacht ward, zu Grunde gegangen ist (36).

(30) L. 3. §. 8. h. t.

(31) L. 33. §. 3. de adm.

(32) L. 38. de neg. gest. L. 58. pr. de adm. vgl. jedoch §. 185.

(33) Thl. II. S. 376. Cic. in Verr. I. 43. L. 3. C. de adm. L. 3. pr. §. 5. 6. 8. h. t. L. 4. C. de in litem dando tut. L. 33. §. 3. de adm.

(34) L. 1. §. 8. L. 3. pr. h. t. Ulp. 36. ad ed.

(35) L. 2. C. de alim. L. 2. §. 1. Ubi pup. L. 3. C. de adm.

(36) L. 3. §. 7. h. t. Sufficit tutori, bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit, quod gestum est. L. 38. de H. P. In hereditatis petitione bonae fidei possessor omnimodo impensas deducit, licet res non exstet, sicut tutor vel curator consequuntur. Lüneb. Stadtrecht VII. 1. (Puf. IV. adp 758.) Preuß Landr. §. 260.

V. Was die Condemnatio in dieser Klage betrifft, so wird der Pupill, wenn er nicht durch Leistung des geforderten Objects (37) z. B. durch Zahlung der Auslagen, Defension des Vormundes, oder was es sonst sein mag, sich liberirt (38), auf das Interesse condemnirt, jedoch nie nach dem jusjurandum in litem des Vormundes (39). Auch hat die Condemnation keine Infamia zur Folge (40), da hier nicht wegen Verletzung eines Officium geklagt wird, sondern wegen bloßer Auseinandersetzung, welche insgemein durch's Judicium bewerkstelligt zu werden pflegt, und eben deswegen nicht infamiren kann, weil sonst fast alle Judicia infamiren würden. Auch hat der Vormund seiner Forderung wegen weder ein Privilegium, noch ein Pfandrecht, noch selbst eine Retentio (41).

VI. Als Einrede gegen diese Klage ist etwa die praescriptio XXX. annorum zu nennen, da die Klage eine perpetua ist (42), so wie die exceptio aus dem legatum liberationis (43).

(37) L. 3. pr. h. t.

(38) Dies kann auch durch Legat und Fideicommiß geschehen, so fern es nur mehr Vortheil gewährt als das Debitum selbst. L. 28. §. 10. de lib. leg.

(39) L. 5. pr. depositi.

(40) L. 1. de his. not. qui — tutelae — suo nomine non contrario judicio damnatus erit. L. 6. §. 7. eod. Contrario judicio damnatus non erit infamis. Nec immerito: nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere (i. e. plerumque) judicio solet dirimi. (vgl. dazu Schulting Notae ad h. t. T. 1. p. 414 sq. L. 29. de dolo malo. Quintilian. J. O. VII. 4. n. 35.)

(41) Denn daraus, daß er im directum judicium Compensation erlangen kann, folgt keine Retentio. L. 18. §. ult Comm. L. 1. §. 4. h. t.

(42) L. 3. §. 9. h. t.

(43) L. 28. pr. de lib. legata.

3. Extraordinaria cognitio auf Honorar.

§. 185.

Literatur:

Schott p. 485. Senckenberg p. 404 unter tutoris salarium.

Endlich hat der Vormund auch noch eine Klage auf Honorar für die von ihm geleisteten Dienste.

I. Nach älterm Römischen Recht freilich konnte nicht nur im contrarium judicium, sondern überhaupt kein Honorar für die persönliche Mühwaltung gefordert werden (Thl. I. S. 4.). Indeß konnte der Vater dem Vormunde im Testament ein Vermächtniß aussetzen, welches dieser dann mit der actio ex testamento und petitio fideicommissi einklagen konnte (Thl. II. S. 179 ff.). Als jedoch in späterer Zeit die meisten unter den alten Ehren- und Bürgerdiensten honorirt wurden, durfte die Obrigkeit gleich bei der Bestellung dem Vormunde ein bestimmtes Salarium aussetzen. Dasselbe Recht haben die Mitvormünder in Beziehung auf einen armen gerirenden oder notitiae causa bestellten Mitvormund z. B. einen libertus (Thl. I. S. 5. N. 11. Thl. II. S. 376. 377.). Alsdann müssen solche Ausgaben als justae reputationes den Vormündern nicht nur im judicium tutelae durchgehen, sondern können auch nöthigenfalls gegen den Pflegling, zwar nicht mit dem contrarium judicium, aber doch mit einer extraordinaria cognitio oder persecutio eingeklagt werden (1).

(1) L. 33. §. 3. de adm. ist nämlich aus Callistratus libro 4. de extr. cogn. entlehnt. Vgl. L. 7. 56. §. 3. mandati. L. 1. de extr. cogn.

II. Nach älterm Germanischen Recht hingegen gebühren dem Vormunde bisweilen alle Mobilien und Nutzungen des verwalteten Vermögens (Thl. I. S. 5. N. 12. II. S. 475. III. §. 171.), bisweilen aber erhält derselbe nur eine Quote, oft ein Zehntheil der Revenüen (2).

III. Die neuere Praxis und Gesetzgebung endlich erlaubt der Obervormundschaft unter Umständen, besonders wenn die Administration für den Vormund mühsam, für den Pupillen aber sehr einträglich gewesen ist, dem Vormund und Curator, auch dem curator bonorum, ein Honorar zuzubilligen, dessen Höhe entweder gesetzlich bestimmt oder dem richterlichen Ermessen überlassen ist und gewöhnlich nach Prozenten des verwalteten Vermögens berechnet wird (3).

II. Actio ex stipulatu.

§. 186.

Quellen:

D. XXVII. 7. de fidejussoribus (et nominatoribus et heredibus) tutorum vel curatorum.

C. V. 57. de fidejussoribus tutorum vel curatorum.

Eine zweite Klage des Pflegbefohlenen entspringt aus einem wahren Contract, nämlich aus der Satisdation, welche

(2) L. Wisig. IV. 3. 3. Henneberg. L. O. Cap. 7. Freiburg. Stat. v. 1520. fol. 52 b. Bair. Landr. I. C. 7. §. 15. N. 5. Trier. Landr. §. 16. Eiderstedt. Landr. II. §. 6. Hamburg. Stadtrecht III. 6. 20. Augsburg. V. O. IV. 25.

(3) Preuß. Landr. §. 264. 265. Oesterr. G. B. §. 266. Würtemb. Regul. v. 14. März 1814. Sächs.

dem Pflegling bei der Uebernahme der Vormundschaft geleistet werden muß (Thl. II. §. 106.). Diese Klage ist die actio ex stipulatu oder ex sponsu und ist eben so wie die Stipulation selbst, auf ein Incertum, nämlich auf quanti pupilli interest, rem suam salvam, oder a tutore servatam non esse (1) gerichtet.

I. Was den Gerichtsstand dieser Klage betrifft, so hat sie mit der actio tutelae und negotiorum gestorum zwar nicht das besondere forum gestae administrationis, aber doch den Grundsatz gemein, daß gegen mehrere Bürgen nur ein und derselbe Judex gegeben werden kann (2).

II. Kläger in dieser Klage ist der Pflegling, dessen Erben und sonstige Successoren; und zwar ist die Klage directa, wenn er selbst oder wenn eine seiner Hausgewalt unterworfene Person z. B. ein Sclav des Pupillen oder ein Sohn des Wahnsinnigen oder des Verschwenders stipulirte; utilis, wenn Namens des Pflegbefohlenen ein servus publicus oder ein vom Prätor dazu bestellter freier Mensch das Versprechen abnahm (Thl. II. S. 215. 216.).

III. Beklagter ist im Allgemeinen Jeder, welcher die gerichtliche Stipulation abgeleistet hat. Hierher gehört aber:

A. Der Vormund und Protutor oder Procurator selbst, welcher die Caution bestellt hat (3).

B. O. E. 26. §. 4. Schwarzb. B. O. §. 32.

(1) L. 32. pr. de adm. L. 7. D. L. 2. C. h. t.

(2) L. 12. in fin. Rem. pup. vgl. L. 5. C. arb. tut.

(3) Thl. II. S. 216. L. 4. §. 2. 8. L. 8. Rem. pup.

B. Die sämmtlichen Bürgen (Sponsoren, Fidepromissoren und Fidejussoren) der Vormünder und Protutoren.

C. Die Erben aller dieser Personen, (ausgenommen die Erben der Sponsoren und Fidepromissoren) (4). Die Erben haften indeß nicht in solidum sondern nach ihren Erbportionen (5).

Sämmtliche Beklagte können jedoch mit der actio ex stipulatu nur unter der Voraussetzung in Anspruch genommen werden, daß die Vormünder nicht cessirt, sondern die Administration wirklich begonnen haben (6). Der Rechtsgrund dieses Satzes ist folgender: die actio ex stipulatione rem salvum fore geht genau so weit, wie die actio tutelae, negotiorum gestorum und protutelae selbst (7). Nun kann aber die actio tutelae directa und die andern ihr ähnlichen Klagen nur gegen den angestellt werden, welcher wirklich gerirt hat (§. 155. 160.), folglich kann die actio ex stipulatu ebenfalls nur gegen diesen gerichtet werden. Seit Marc Aurel hat man nun zwar die actio tutelae und negotiorum gestorum (nicht protutelae) als utilis actio gegen den gegeben, welcher auf seine Gefahr cessirt (§. 156. 160.) Allein die actio ex stipulatu ist mit dieser Erweiterung nicht parallel gegangen, sondern ganz in den alten Grenzen stehen geblieben, indem man kein großes practisches Bedürfniß empfand, sie auszudehnen, da man auch nach Marc Aurel noch den directen Zwang zur Uebernahme der Administration (§. 114.) bei-

(4) Gajus III. 120.

(5) L. 24. C. de fidej. L. 6. C. Fam. herc.

(6) L. 4. §. 3. 7. Rem pupilli.

(7) L. 9. Rem pup. Quod enim in tutelae judicium venit, hoc ea stipulatione continetur.

behielt, durch dessen Anwendung schon dem strengen Recht nach die actio ex stipulatu begründet werden konnte (8).

IV. Da die stipulatio rem salvam fore keine bloße Repromission, sondern eine Satisdation ist, so folgt, daß der Beklagten in unserer Klage allemal mehrere sind. Es entsteht demnach die Frage nach dem Maaße, in welchem diese Mehreren haften müssen.

A. Die allgemeine Antwort auf diese Frage ist in folgender Regel enthalten: Alle Beklagte, d. h. sowohl der Vormund selbst als dessen Bürgen haften für das Ganze, was Jener aus der Administration der Vormundschaft schuldig ist. Da jedoch die Solidität in dieser Obligation nur die gewöhnliche und einfache ist, wonach Alle dasselbe Ganze nur einmal schuldig sind, so folgt, daß durch jede Consumtion gegen einen der mehrern Beklagten die Klage allgemein und gegen alle consumirt ist. Eine solche Consumtion liegt nun aber in der Zahlung von Seiten des Vormundes oder des Bürgen und in jeder andern wirklichen Satisfaction für die Tutelschuld (9), ferner in jeder Remission der actio ex stipulatu, wirke sie nun ipso jure oder durch eine rei cohaerens exceptio (10), endlich in der Litiscontestation

(8) L. 4. §. 3. Rem pup. Sed enim qui non gessit, omnino non tenebitur, nam nec actio tutelae eum, qui non gessit, tenet, sed utili actione conveniendus est, quia suo periculo cessavit, et tamen ex stipulatu actione neque ipse, neque fidejussores ejus tenebuntur. Compellendus igitur erit ad administrationem, ut stipulatione quoque ista possit teneri. cf. §. 7. eod.

(9) L. 13. §. ult. de accept.

(10) L. 13. §. ult. cit. L. 28. pr. 1. 3. L. 42 pr. §. 1. de jurejur.

und dem **Urtheil** gegen den einen Correus, sowohl da, wo diese Umstände die Obligation ipso jure zerstören, wie im legitimum judicium, als da, wo sie eine exceptio rei in judicium deductae und judicatae hervorbringen (11).

Da jedoch diese prozessualische Consumtion, wenn der erwählte und belangte Correus insolvend ist, für den Kläger eine große Härte enthalten kann, so giebt schon das ältere Römische Recht demselben zwei Mittel an die Hand, um diesen Nachtheil auch ohne Restitution von sich abzuwenden.

Das eine besteht darin, daß er gleich bei der Cautionsleistung zwei verschiedene Stipulationen interponirt, d. h. daß er, wenn er den Tutor oder Curator fragt: rem salvam fore spondes? von den Bürgen nicht etwa stipulirt: idem fide tua jubes? oder: quod tutor debiturus est, tantundem dare spondes? sondern vielmehr: quod a tutore servari non poterit, tantundem dare spondes? Hierdurch sind dann nämlich zwei verschiedene Obligationen entstanden, die eine gegen den Tutor auf quanti interest, rem salvam non esse, die andere gegen die Bürgen ad supplendam indemnitatem. Deducirt der Kläger die erste in's Judicium, so ist die zweite also noch nicht consumirt, weil die exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae dieselbe Intentio voraussetzt, hier aber durch die verschiedenen Stipulationen ganz verschiedene Intentionen entstanden sind. Dasselbe müssen wir sogar schon dann behaupten, wenn von den Bürgen gleichfalls ausdrück-

(11) Cic. ad Att. XVI. 15. L. exc. L. 28. C. de fidej. L. 1. 2. de duob. reis. L. 7. §. 1. de Ratam. Paull. II. 17. § 16.

lich: rem salvam fore spondes? stipulirt worden ist. Denn welchen andern Sinn könnte diese Stipulation wohl haben, als daß der Kläger überhaupt schadlos gehalten sein will, also auch schadlos wegen desjenigen, was er vom Tutor selbst, wenn er diesen zuerst belangt hat, nicht hat erhalten können (12)?

Das andere Mittel aber besteht darin, daß der Kläger den Vormund und die Bürgen selbst alle zugleich belangt, mithin die ganze Frage in ein und dasselbe Judicium deducirt und so die gleichzeitige Condemnation aller bewirkt (13).

Seitdem Justinian bei allen Bürgen die prozessualische

(12) L. 2. C. h. t. Non est ambigui juris electo reo (et solvente) fidejussorem liberari, et ideo si *simpliciter* acceptus est fidejussor in *id quod tutor seu curator debiturus esset*, cum proponas, tutorem seu curatorem condemnatum solvisse, quid dubium est, fidejussorem liberatum esse? Plane si *stipulatio rem salvam pupillo fore* interposita est, vel cautum est in *id quod a tutore vel curatore servari non potest*, manet fidejussor obligatus *ad supplendam tibi indemnitatem* (P. P. 8. Kal. Aug. Fusco II. et Dextro Coss 226.) Dasselbe Verhältniß ist in L. 7. h. t. vorausgesetzt, die keineswegs, wie Keller annimmt, der L. 2. C. h. t. widerspricht. Blos L. 1. C. de mag. conv. könnte auf den ersten Blick zu widersprechen scheinen, indem es hier heißt: Si Magistratus a tutoribus — quos tibi dederint . . . stipulati sunt: se eo nomine indemnes futuros et si quid praestitissent, repetituros (Hal. u. Russard: recepturos) inque eam rem fidejussores acceperunt: extra rem salvam fore satisdationem, actio, quam adversus tutores seu curatores tuos instituisti, alienam obligationem non resolvit. Der ganze Zusammenhang zeigt aber, daß mit der satisdatio *rem* salvam fore, welche durch Anstellung der Klage gegen die Vormünder consumirt werden soll, nur im Allgemeinen der Gegensatz gegen die satisdatio *magistratus* indemnes fore angedeutet werden soll, ohne daß von der genauern Conception jener Stipulation weiter die Rede ist.

(13) L. 6. h. t. L. 12. Rem. pup.

Consumtion aufgehoben hat und die so eben erwähnte verschiedene Conception ein für allemal gesetzlich fingirt wissen will (14), sind auch hier beide Schutzmittel nicht mehr nöthig, indem auch die Bürgen des Vormundes erst durch Zahlung des Judicats liberirt werden (15).

B. Gegen die Härte der solidarischen Obligation sind jedoch bekanntlich alle Bürgen überhaupt durch die gewöhnlichen Beneficien in Schutz genommen. Es entsteht demnach die Frage: in wiefern diese Beneficien auch in unserm Fall zur Anwendung kommen?

1. Was hier nun zuvörderst das *beneficium ordinis* betrifft, so war dieses bekanntlich dem ältern Recht wenigstens als allgemeine Rechtsregel völlig fremd (16). Dieses hinderte jedoch die Partheien nicht, vertragsmäßig festzusetzen, daß die Bürgen erst dann in Anspruch genommen werden könnten, wenn der Kläger von dem zuvor ausgeklagten Vormunde seine Befriedigung nicht würde erhalten haben. Ein solcher Vertrag lag ohne Zweifel in der Stipulation: Quod a tutore servari non potuerit, tantundem dare spondes? Denn dadurch wird die Verpflichtung des Bürgen eine bedingte, bedingt nämlich durch die Nichtbefriedigung des Klägers von Seiten des Tutors (17), welches die vorgängige Be-

(14) L. 28. C. de fidej. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari aspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit jus creditoris mutilare.

(15) Daher die Interpolation: et solvente und vielleicht auch condemnatum solvisse in L. 2. C. cit.

(16) L. 1. C. h. t.

(17) L. 116. de V. O. . . Non

langung dieses letztern voraussetzt. Aber auch in der Stipulation: rem pupilli salvam fore spondes? lag derselbe Vertrag, denn sie ist ebenfalls eine Obligation ad supplendam indemnitatem, welche vorher Convention des Hauptschuldners erheischt. Hiernach war denn das Wahlrecht des Klägers schon nach älterm Recht auf den Fall einer fidejussio simplex beschränkt (18). Seitdem Justinian den Bürgen nicht blos bei Darlehns- sondern bei allen andern Geschäften überhaupt ein beneficium excussionis schon gesetzlich gegeben hat (19), sollte billig nicht mehr darüber gestritten werden, ob dieses auch auf die Bürgen der Vormünder Anwendung finde, um so mehr, da offenbar nur deshalb die Stelle des Codex, welche das ältere Recht enthielt, in den Basiliken weggelassen ist (20).

2. Schwieriger ist die Anwendung des *beneficium divisionis* auf unser Verhältniß. Hier scheinen drei Fälle unterschieden werden zu müssen, nämlich a) der Fall, wenn der Kläger den Vormund allein, b) der, wenn er alle rei, endlich c) der, wenn er die Bürgen allein belangt.

a. Wählt der Kläger den Vormund oder die Vormünder allein, so können diese zwar eine Theilung der Klage un-

enim sunt duo rei Maevius et Titius, sed Maevius sub conditione debet, *si a Titio exigi non poterit* L. 150. de V. S.

(18) L. 2. C. h. t. L. 7. h. t. vgl. mit L. 1. C. h. t.

(19) L. 28. C. de fidej. Nov. 4. c. 1. 3. §. 1. δανειςὴν δέ τίθεμεν, τοῖς ἀρχαίοις ἀκολουθοῦντες νόμοις, παντα τὸν ἀγωγὴν ἔχειν κατά τινος δυνάμενον, εἰ καὶ μὴ δάνεισμα τὸ πεπραγμένον, ἀλλ' ἕτερόν τι συνάλλαγμα καθεςήκοι.

(20) Cujac. Recit. sollenn. in Cod. V. 57. de fidej. tut.

ter ihnen selbst nach den Grundsätzen der actio tutelae in Anspruch nehmen, niemals aber eine Theilung der actio ex stipulatu zwischen ihnen und den Bürgen, so daß der Kläger von ihnen nur die eine Hälfte, die andere aber von den Bürgen einklagen müßte, sie haften vielmehr auf das Ganze. Dies konnte schon deshalb nicht anders sein, weil wenn der Kläger seine incerta actio gegen den Tutor ganz in's Judicium deducirte, die Condemnatio aber gleichwohl nur auf die Hälfte seiner Forderung richtete, er den Rest gar nicht einmal mehr von den Bürgen fordern könnte, weil er Alles consumirt hätte (21).

b. Will der Kläger den Vormund und die Bürgen zugleich belangen, so kann dieses schon nach Civilrecht nicht anders geschehen, als so, daß er die Klage gegen Beide theilt, da sonst das Ganze zweimal bezahlt würde (22). Die Größe der Theile, welche er von jedem Einzelnen fordern will, hängt lediglich von dem Ermessen des Klägers ab, sofern sie nur zusammengenommen das Ganze nicht übersteigen (23).

c. Klagt endlich der gewesene Pflegbefohlene gegen die Bürgen des Vormundes allein, so haben diese zuvörderst unbedenklich ein beneficium divisionis aus der Person der Haupt-

(21) L. 1. C h. t. Keller Litiscontest. S. 569.

(22) L. 1. C. h. t. Eligere debes utrum cum ipsis tutoribus vel curatoribus, seu heredibus eorum, an cum his, qui pro ipsis se obligaverunt, agere debeas, vel si ita malis, dividere actionem. Nam in solidum et cum reo et cum fidejussoribus agi jure non potest. (225). vgl. L. 6. h. t.

(23) L. 3. §. 1. de duobus reis . . . et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est: quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus.

schuldner selbst. Denn da die actio ex stipulatu gegen den Bürgen genau auf dasselbe geht, was der Vormund, für den sich der Bürge verpflichtet hat, aus der Vormundschaft schuldig ist, so folgt, daß wenn dieser als Administrator eines Theils oder Kraft des vormundschaftlichen beneficium divisionis nur einen Theil zu bezahlen schuldig ist, auch der Bürge auf nicht mehr als auf diesen Theil in Anspruch genommen werden könne (24).

Gesetzt also, es klagt Jemand gegen zwei Tutoren und deren Bürgen mit demselben Judicium und contestirt mit ihnen allen litem, hierauf stirbt der Judex und bei Gelegenheit der Translation des Judicii werden (vermöge der etwa durch in integrum restitutio des Klägers möglich gewordenen mutatio actionis) in der neuen Formel die Tutoren weggelassen und die Bürgen allein genannt, so ist hier das Officium

(24) L. 46. §. 6. de adm. (Paull. lib. 9. resp.) L. 51. eod. Venulej. lib. 6. Stipulationum. Si duo pluresve tutores tutelam administrent, in fidejussorem quidem in solidum per quemlibet eorum committitur stipulatio, ut si inter eos divisa sit tutela regionibus (quod plerumque fit) et alius urbica negotia, alius peregrina administraret, tunc ex substantia cujusque rei aut committi contra fidejussorem stipulationem aut non committi dicemus: nam licet omnes tutores sint, et tutelam gerant, tamen cum quis de ea re, quae extra suam regionem erit, experiri vel ad judicium vocari coeperit, perinde non committitur stipulatio, atque si ei administratio tutelae permissa non esset; quantum enim facit in totum denegata, tantumdem valet, si in ea re, de qua agitur, denegata sit. Man könnte zwar wegen L. 17. jud. solvi (Venulej. eod.) diese letztere Stelle von der cautio judicatum solvi verstehen wollen, allein sie würde dann nicht bei der Vormundschaft eingetragen sein. Auch Vivianus bezog sie schon auf cautio rem pupilli salvam fore.

dieses zweiten Judex ein ganz anderes geworden, als das des frühern war. Denn jener erste hätte jeden Correus auf den Theil condemniren müssen, welchen der Kläger von ihm zu fordern für gut befunden hätte; dieser letzte kann die Bürgen allein nur auf das verurtheilen, was die Tutoren selbst würden leisten müssen, d. h. wenn diesen das beneficium divisionis zusteht, nur auf Virilportionen (25).

Haben aber die Bürgen auch aus ihrer eigenen Person ein beneficium divisionis, so daß z. B. verschiedene Bürgen eines Tutors Theilung der Klage verlangen können? In dieser Beziehung muß wieder zwischen den verschiedenen Arten der Bürgen unterschieden werden. Sponsoren und Fidepromissoren haften in Italien nach der lex Furia, also ipso jure, nur auf Viriltheile und jede dieser Obligationen wird durch die Klage aus der andern nicht berührt (26). Sponsoren und Fideipromissoren außer Italien hingegen und Fidejussoren ganz allgemein haften jeder auf das Ganze und können nur Kraft der epistula Divi Hadriani, wenn sie zur Zeit der Litiscontestation solvend sind, Theilung der Klage verlangen (27). Allein diese epistula Divi Hadriani ist gerade bei den Bürgen für Vormünder in der Regel nicht anwendbar, weil sie dem Pupillen gegenüber in-

(25) Papinian lib. 2. resp. L. 6. h. t. Pupillus contra tutores eorumque fidejussores judicem accepit: judice defuncto prius quam ad eum iretur, contra solos fidejussores alter judex datus est; Officio cognoscentis conveniet, si tutores solvendo sint, et administratio non dispar sed communis fuit, portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.

(26) Gajus III. 121. 122.

(27) Gajus III. 121. 122.

sofern eine Härte enthalten würde, als dieser sich mit dem Vormunde und dem Bürgen nicht freiwillig eingelassen hat und namentlich auch durch das beneficium dividendae actionis genöthigt werden könnte, seinen Anspruch aus der Vormundschaft vor verschiedenen Judices in verschiedenen Prozessen durchzuführen. Daß gleichwohl gegen mehrere Sponsoren und gegen mehrere Tutoren die Klage getheilt werden muß, darf dabei nicht irren, denn die Sponsoren sind schon civiliter nicht in solidum obligirt, die actio tutelae gegen die Tutoren aber beruht auf aequitas und läßt daher eher eine Nachsicht gegen die Vormünder zu, als die actio ex stipulatu gegen die Bürgen (§. 161.) (28).

Ausnahmsweise können jedoch auch die Bürgen der Vormünder durch besonderen Vertrag ein beneficium divisionis für sich begründen, wovon eine andere Stelle Papinian's ein Beispiel enthält (29). Wenn sie nämlich ursprüng-

(28) Papinian. lib. 12. Quaest. L. 12. Rem. pup. Si plures *fidejussores* a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem: ita ut ei qui conveniretur, actiones praestarentur. Nec quisquam putaverit ab jure discessum: postquam pro ea parte placuit *tutores* condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur et idonea (leg. idonei) culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit, nam aequitas arbitrii et officium viri boni videtur eam formam juris desiderasse. Ceterum *fidejussores*, civiliter in solidum obligati, ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis injuriam habere visum est; ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos judices constituerentur.

(29) L. 7. h. t.

lich rem pupilli salvam fore promittirt hatten, darauf aber den Kläger bitten, sich erst an den Vormund selber zu halten und um ihn deshalb sicher zu stellen, das Residuum zu zahlen (quod a tutore servari non potuisset se reddituros) versprechen, so kann die actio residui, d. h. die Klage aus dieser Stipulation gegen jeden Bürgen nur auf einen Viriltheil gerichtet werden. Denn welchen andern denkbaren Zweck könnten die Bürgen wohl bei dieser Novation gehabt haben, als daß der Pupill ihnen versprechen sollte, seine Klage gegen sie theilen zu wollen und sie mithin von dem Lästigsten bei ihrer Bürgschaft, nämlich der Solidität der Obligation zu befreien? denn ein beneficium excussionis konnten sie sich doch im Ernst nicht ausbedingen wollen, da dieses schon in ihrer frühern stipulatio rem pupilli salvam fore enthalten war. Gegen die prozessualische Consumtion, wie Keller meint (30), konnten sie den Adolescens auch nicht sichern wollen, weil diese einerseits schon von selbst nicht eingetreten wäre, da die stipulatio rem salvam fore des Bürgen und die Verpflichtung des Tutors selbst nicht identisch sind und da andererseits eine solche Sicherung doch wohl von dem Adolescens selbst ausgegangen, schwerlich aber von den Bürgen durch eine be-

(30) Keller a. a. O. S. 437. N. 5. S. 566. N. 9. Er macht sich in Beziehung auf unsere Stelle eines zwiefachen Irrthums schuldig, einmal, indem er annimmt, Papinian setze die stipulatio des Bürgen als identisch mit der Obligation des Tutors, und weiche demnach von L. 2. C. h. t. ab; andererseits indem er den Zweck der Stipulation quod a reo servari non poterit u. s. w., welcher allerdings der regelmäßige ist, für den einzig möglichen und darum auch in dieser Stelle vorausgesetzten hält.

besondere Bitte veranlaßt worden wäre, indem diese ja gerade das höchste Interesse haben, daß der Adolescens seine Klage durch Anstellung gegen den Tutor nur consumiren und keine actio residui gegen sie übrig behalten möge. Dieses konnten sie also Beides nicht wollen und hätten sie es auch gewollt, so würde es ungültig ausgemacht sein, da die zweite Stipulation nicht gelten konnte, wenn sie nicht in irgend einem Punkte von der ersten novirten abwich. Folglich bleibt nichts Anderes übrig, als die zweite Stipulation für die Stipulation einer divisio actionis oder Aufhebung der Last der Solidität zu erklären (quod onus fidejussorum susceptum videretur sc. ab adolescente). Für die Statthaftigkeit einer solchen Interpretation spricht dann noch die Analogie des Creditauftrags Mehrerer zu Gunsten eines Dritten, welcher ebenfalls ein beneficium divisionis unter Jenen zur Folge hat, weil auch sie sich für den Dritten verbürgen, wenn gleich das eigentliche beneficium epistolae Divi Hadriani der Strenge nach auf die actio ex stipulatu beschränkt ist (31).

(31) Papin. lib. 3. resp. L. 7. h. t. Si fidejussores, qui *rem salvam fore* pupillo caverunt, tutorem adolescens ut ante conveniret, petierunt atque ideo stipulanti promiserunt, *se reddituros, quod ab altero servari non potuisset:* placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fidejussorum susceptum videretur. Nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim, quod est datum pro alio, solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludat? Die richtige Erklärung hat *Cujacius* Comm. in lib. III. resp. Pap. ad L. 7. Opp. postum. T. I. p. 134. — Pothier Pand. Just. T. III. lib. 46. t. 6. N. VII. p. 386. erklärt das onus fidejussorum für die Ausklagung des Tutors, welche der Pupill durch Man-

3. Das beneficium cedendarum actionum tritt hingegen ganz auf die gewöhnliche Weise (§. 164.) ein (32).

V. In Ansehung der Zeit der Anstellung dieser Klage gelten ganz die Grundsätze der actiones quasi ex contractu, da die actio ex stipulatu mit diesen objectiv völlig identisch ist (§. 169.) (33). Gegen den wirklichen Tutor und dessen Bürgen kann nämlich erst nach beendigter Tutel, z. B. nach der Pubertät oder wenn der Tutor in feindliche Gefangenschaft gerathen ist, geklagt werden (34). Gegen Curatoren und Protutoren hingegen wird die Stipulation durch jedes Versehen committirt (35), weshalb denn auch schon während der Dauer der Verwaltung die Klage angestellt werden kann (36).

dat übernommen hätte. Allein onus fidejussorum bedeutet vorzugsweise Solidität. L. 16. de fidej. Auch hilft die Erklärung nicht viel, denn die Klage gegen die mandirenden Bürgen ist nicht, wie Pothier meint, die actio mandati contraria, sondern ex stipulatu, so daß der Zusammenhang des ersten Theils der Stelle mit dem Schluß darum nicht genauer wird, als nach der ersten Erklärung.

(32) L. 12. Rem. pup.

(33) L. 7. §. 1. L. 8. de tutelae. L. 4. §. 4—7. Rem pup.

(34) L. 4. §. 6. Rem pup.

(35) L. 4. §. 7. Rem pup.... haec stipulatio statim atque quid salvum esse desinit committitur, et fidejussoribus dies cedit, *sed in se* (Hal. et in se) *revolvitur.* Der Sinn der Schlußworte ist dieser: Wenn der Schadensersatz für das einzelne Versehen stehen bleibt, so geht er in die Generalklage über. Vgl. L. 11. h. t. Glossa ad h. l. Vel dic tertio: Statim quam quid salvum non est, curator tenetur hac stipulatione et si a se non exigat, quod debet ex hac stipulatione, incipiet teneri negotiorum gestorum, maxime si coepit labi facultatibus: ergo et in stipulatione tenetur in id, quod neg. gest. incipit teneri et sic in se revolvitur.

(36) L. 1. h. t. und L. 26. de adm. Beide Stellen sind aus Paullus lib. 24. ad ed. und machten ursprünglich ein Ganzes aus, (Cujac. Opp. postum. T. II. p. 388.) Dasselbe war der Fall mit L. 16

VI. Die Intentio unserer Klage ist zwar formell von der actio tutelae und negotiorum gestorum unterschieden, indem sie nicht auf: quidquid ex tutela dari fierive oportet ex fide bona, sondern auf: quanti actoris interest rem salvam non esse concipirt wird. Materiell aber ist sie mit den bonae fidei actiones völlig identisch (37). Denn die Stipulation wird committirt, sobald tutelae geklagt werden kann, d. h. sobald das, was der Beklagte aus der Vormundschaft schuldig ist, nicht bezahlt wird (38). Daher kann zwar wegen der frühern Administration und der frühern Schulden des Vormundes vor übernommener Tutel, eben so wegen der spätern connexen Administration, nicht aber wegen der freiwillig fortgesetzten spätern Verwaltung ex stipulatu geklagt werden (39). Ebenso haftet der Bürge wegen Nichtexhibition der vormundschaftlichen Rechnung (40). Auch prästirt der Bürge dieselben Früchte und Zinsen (41), und kann dieselben Reputationen machen (42) wie der Vormund selbst. Infamie hingegen und Schätzungseid fallen nach der Natur dieses judicii gegen den Beklagten weg (43).

pr. §. 1. de tutelae und L. 4. §. 4. h. t. (Ulpianus lib. LXXIV. (LXXIX.?) ad ed.)

(37) L. 32. pr. de adm. L. 9. §. 1. eod. L. 1. 4. §. 6. 9. 11. h. t.

(38) L. 11. Rem pup. Cum rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si quod ex tutela dari fieri oportet, non praestatur: nam etsi salva ei res sit, ob id non est, quia, quod ex tutela dari fieri oportet, non solvitur.

(39) L. 32. pr. de adm.

(40) L. 3. h. t. L. 10. Rem pup.

(41) L. 5. h. t.

(42) L. 9. §. 1. L. 46. §. 4. de adm. L. 4. §. 6. h. t. (vgl. §. 170.)

(43) L. 5. §. 4. L. 6. de in lit. jur.

Eine merkwürdige Anwendung und Bestätigung des angegebenen Verhältnisses beider Klagen ist folgende: Wenn der Pupill ohne Auctoritas eines Tutors von dem andern Tutor rem salvam fore stipulirt, so ist zwar diese Stipulation unbedenklich gültig, allein sie vermag nicht die tutelae actio zu consumiren, weil der Pupill sich ohne Tutor nicht ärmer machen kann. Dieser hat also nunmehr gegen denselben Tutor zwei Klagen, die actio tutelae und ex stipulatu. Gesetzt nun er bestätigt nach erreichter Pubertät die Stipulation novandi causa, so tritt nun die Zerstörung der actio tutelae wirklich ein. Im entgegengesetzten Fall behält er zwar beide Klagen und die actio ex stipulatu wird sogar durch die Anstellung der actio tutelae gar nicht afficirt, weil res salva non est, so lange nicht aus der ersten Klage gezahlt ist. Da jedoch beide Klagen materiell auf dasselbe gehen, so darf der Judex in der ersten nur unter der Bedingung condemniren, daß der Kläger die zweite durch Acceptilation aufhebt, denn sonst könnte er noch diese anstellen und dann beide Judicate exequiren lassen (44).

(44) L. 9. pr. de novat. (Ulpianus lib. 47. ad Sabinum.) Si pupillus sine tutoris auctoritate rem salvam fore stipulatus, pubes factus, ratam stipulationem habuerit novandi causa: tollitur tutelae actio, si non habuerit ratum, licet tutelae egisset, habet tamen adhuc ex stipulatu actionem: sed judex tutelae non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione liberatio fieret.

III. Actio adversus affirmatores, nominatores, postulatores.

§. 187.

Quellen:

D. XXVII. 7. de (fidejussoribus et) nominatoribus (et heredibus) tutorum vel curatorum.
Cod. V. 46. Si mater indemnitatem promisit.

Außer den eigentlichen Bürgen kommen bei der Vormundschaftsbestellung gewöhnlich noch Personen vor, welche stillschweigend für den Vormund gut sagen, und deshalb mit einer der actio ex stipulatu nachgebildeten Klage in Anspruch genommen werden können. Zu diesen gehören:

I. Diejenigen, welche ohne die Stipulationsformel selbst auszusprechen, in ihrer Gegenwart und ohne zu widersprechen, ihre Namen in das über die ganze Vormundschaftsbestellung aufgenommene gerichtliche Protocoll einzeichnen lassen (Thl. II. S. 221.) Diese Ausdehnung hat ihren Grund in dem spätern Uebergewicht der Schrift überhaupt, insbesondere der öffentlichen Monumente, über die mündliche Rede, welche letztere durch dieselbe nicht selten in gerichtlichen Handlungen verdunkelt und verdrängt worden ist (1).

II. Ganz ebenso ist das Verhältniß der adfirmatores, d. h. derjenigen, welche die Tüchtigkeit und Identität des

(1) L. 4. §. 3. h. t. Fidejussores a tutoribus nominati, si praesentes fuerunt et non contradixerunt, et nomina sua referri in *acta publica* passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset.

Vormundes bezeugen und versichern (2). Sie übernehmen nämlich durch eine solche feierliche Versicherung offenbar die Gefahr der Administration, vertreten mithin die Stelle der Fidejussoren, oder noch genauer der Mandatoren, und können deshalb mit einer ähnlichen Klage, wie diese, in Anspruch genommen werden (3).

III. Nächst diesen sind auch die **Erbitter** von Vormündern, mögen sie in eigener Person oder durch Bevollmächtigte dieselben erbeten haben, für sie verantwortlich (4). Namentlich kommt der Grundsatz vor, daß wenn der abgehende Vormund oder die Mutter, anstatt den Pupillen blos zu ernnern, Curatoren zu erbitten, diese selbst unbefugter Weise postulirten, sie das Periculum tragen müssen (5). Aber auch da, wo dem Pfleglig befugter Weise ein Vormund erbeten wird, haftet der Erbitter einem Bürgen gleich, sofern er einen bestimmten Vormund und zwar auf seine Gefahr postulirt hat. Eine Ausnahne in Rücksicht der Mutter ist schon oben (Thl. I. S. 248. Note 9 u. 10.) vorgekommen.

(2) L. 4. §. 3. eod. Eadem causa videtur adfirmatorum: qui scilicet, cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent. vgl. L. 1. §. 3. 8. de mag. conv.

(3) L. 13. pr. de min. Facilius in mandatore dicendum est, non debere ei subvenire, hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur.

(4) L. 2. h. t. Ulp. lib. 39. ad Sab. Postulare tutorem videtur et qui per alium postulat: item nominare et qui per alium hoc idem facit. Der Ausdruck postulatores, welchen die Neuern hier brauchen, kommt in unserm Titel nicht vor, sondern findet sich nur bei nichtjuristischen Schriftstellern für alle Postulirenden überhaupt. (Suet. Nero c. 15.)

(5) L. 2. §. 5. Qui petant. Thl. I. S. 409. 410.

IV. Endlich sollen auch noch die **Nominatoren** die Stelle der Bürgen vertreten, wie aus der Rubrik und aus einer Andeutung in unserm Titel hervorzugehen scheint (6). Sie stehen hier zuletzt, weil ihr Begriff in Anwendung auf die Tutel am schwierigsten ist. Nominator ist nämlich überhaupt jeder, der zu einem öffentlichen Amt, sei dieses nun ein honor oder ein munus, einen Candidaten präsentirt, z. B. im öffentlichen Recht der Stadtmagistrat in Beziehung auf seinen Nachfolger (7). Von diesem ist allgemeiner Grundsatz, daß er wie ein Bürge (8) nach vorgängiger Excussion des Angestellten selbst (9) für dessen Amtsführung haften (technisch: das periculum nominatorum tragen) muß (10). In Anwendung auf das munus tutelae insbesondere kommen nun solcher Nominatoren mehrere vor. Zuvörderst die **Magistratus**, welche dem Präses Candidaten zur Vormundschaft vorschlagen müssen (11). Demnächst die **Postulatoren**, wenn sie eine Anzahl von Namen zur Auswahl vorlegen (12). End-

(6) L. 2. h. t.

(7) C. XI. 33. de periculo nominatorum. vgl. v. Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalt. Bd. 1. S. 20. Roth de re municip. p. 76.

(8) L. 4. C. Quo quisque ord.

(9) C. XI. 34. Quo quisque ordine conveniatur.

(10) L. 11. §. 1. L. 13. 15. §. 1. ad municip. L. 1. 2. C. de periculo nom. L. 2. 3. 4. C. Quo quisque ord. L. 28. §. 2. C. de adm. Personis etiam, quae periculo proprio, vel suae substantiae tutores vel curatores petierunt, sive matres forte fuerint, sive quidam alii. . . .

(11) L. 1. §. 5. 10. D. L. 1. 4. 5. C. de mag. conv. L. 24. 28. de tut. et cur. dat. L. 6. C. Qui dare tut.

(12) L. 2. C. Qui petant (Antoninus.) Patroni tui filii si ejus aetatis sunt, ut res eorum per tutores administrari debeant, cura adire Praetorem et *nomina edere*, ex quibus tutores constituantur, ne, si cessaveris, obse-

lich die ernannten Vormünder selbst, sofern sie einen bessern an ihre Stelle nominiren (potiorem nominant). Daß nun die Magistratus für ihre Präsentation verantwortlich sind, ist gar nicht zu bezweifeln, allein die Klage gegen sie ist die subsidiarische actio in factum, welche erst nach Excussion aller Bürgen Statt findet und da von dieser in einem besondern Pandectentitel gehandelt wird, welcher auf den vorliegenden folgt, so ist es höchst unwahrscheinlich, daß sie unter den Privatpersonen, welche unmittelbar hinter dem Vormunde selbst haften müssen, mit gemeint sein sollten (13). Vielmehr sind im ältern Recht sicher die nominatores potioris an dieser Stelle gemeint gewesen, die unbedenklich, dem obigen Prinzip nach, für den Nominirten einstehen müssen. Nachdem aber die potiorum nominatio außer Gebrauch gekommen ist, können im Sinn des Justinianischen Rechts unter den Nominatoren wohl nur noch die Erbitter verstanden werden, welche dem Magistrat eine Anzahl von Namen vorschlagen, wofür noch insbesondere der Umstand zu reden scheint, daß sie in einem in die Pandecten aufgenommenen Fragment mit den Postulatoren zusammengestellt werden (14).

quii deserti periculum subeas, (215). L. 1. §. 3. de mag. conv. nominibus *ab alio* acceptis.

(13) Dennoch ist dieses die gewöhnliche Meinung unserer Juristen siehe z. B. Thibaut System. Bd. 1. §. 542.

(14) L. 2. h. t. Ulp. XXXIX. ad Sab. Wegen des Inhalts dieses Buchs vgl. noch überhaupt L. 2. de off. jurid. L. 1. de tut. dat.

IV. Actio adversus magistratus.

Quellen:

Dig. XXXVII. 8. de magistratibus conveniendis.
Cod. V. 75. de magistratibus conveniendis.

Bearbeitungen:

G. C. Gebaueri (resp. B. F. Hübler) D. de actione tutelae adversus magistratus. Lips. 1726. 4. et in Excercitt. acad. Tom. I. N. 8. p. 209—234.

A. Begriff und allgemeine Natur.

§. 188.

War von den bisher beschriebenen Klagen keine anwendbar, weil überall kein Vormund bestellt worden ist, oder waren die sämmtlichen Prozesse gegen die Vormünder selbst, deren Erben, Bürgen, Pfandbesitzer, Nominatoren u. s. w. ohne vollständigen Erfolg durchgeführt worden, so stand dem Kläger nach älterm Recht überall kein Weg mehr offen, um sich des aus der Verwaltung oder Verwahrlosung seines Vermögens erwachsenen Schadens zu erholen. Am wenigsten war ihm verstattet, an die Magistratus des Municipiums, welchem er angehörte, seinen Regreß zu nehmen, da deren frühere unabhängige Stellung sie einer solchen Verantwortlichkeit eben so vollständig überhob, als den Consul oder Prätor die seinige (1). Als jedoch in der Kaiserzeit die Stadtgerichte theils zu der Römischen Prätur, theils zu den Juridicis in das Verhältniß gewöhnlicher Untergerichte traten, da bildete sich we-

(1) §. 2. J. de satisdat. tut. L. 1. §. 1. h. t.

gen ihrer Amtsthätigkeit, insbesondere auch wegen des Rechts, prätorische Stipulationen vor sich ableisten zu lassen, soweit ihnen dieses noch gelassen wurde (2), eine Verantwortlichkeit gegen die Betheiligten aus (3).

Bei der Vormundschaft insbesondere ist nun diese Verantwortlichkeit dadurch auf das Bestimmteste anerkannt worden, daß ein Senatusconsult unter Trajan (4) dem Pflegling, insofern die Klagen gegen die Vormünder, Bürgen u. s. w. entweder ganz unzulässig gewesen sind, oder keine vollständige Schadloshaltung verschafft haben, noch ein letztes Hülfsmittel (actionem in subsidium indemnitatis nomine, actionem, quae ultimum eis praesidium possit adferre) (5) in einer Klage gegen die Magistratus eröffnet hat.

Der allgemeinere Kunstname dieser Klage ist in den Institutionen, Pandecten und Codex, subsidiaria actio schlechthin (6), der genauere im Codex actio utilis (7), bei Theophilus actio in factum (8).

(2) Ulp. lib. 1. ad ed. L. 4. de jurisd. Jubere caveri praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, imperii magis est, quam jurisdictionis.

(3) Z. B. beim damnum infectum. Ulp. eod. lib L. 1. 4. §. 3. 7—9. de damno infecto. vgl. mit Lex de Gallia Cisalp. c. 20. v. Savigny's Gesch. des R. R. im Mittelalter. Bd. 1. S. 35. 37.

(4) L. 2. h. t. Senatus enim consultum pupillo subvenit. L. 5. C. h. t. In magistratus . . . pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem utilem competere ex Senatusconsulto, quod auctore Divo Trajano, Parente nostro, factum est, constitit.

(5) L. 5. C. cit. §. 2. J. h. t.

(6) §. 2. J. h. t. L. 1. pr. §. 4. h. t. L. 5 C. de auct. praest. (531) subsidiariae actionis adminiculum.

(7) L. 1. 5. C. h. t.

(8) Theophilus ad §. 2. J. h. t. Tom. I. p. 185 seq. Reitz.

Zugleich versichert Modestinus, daß gegen die Magistratus eben dieselbe Klage wie gegen die Tutoren selbst gegeben werde (9).

Das scheinbar Widersprechende in diesen Angaben hat unter den neuern Juristen schon früh eine Controverse über die rechtliche Natur der Klage veranlaßt. Schon Martinus Gosia (10) und nach ihm die meisten Juristen aller Schulen erklären die Klage für eine actio tutelae utilis, indem sie sich besonders auf das Zeugniß des Modestinus stützen, wonach sie mit der actio tutelae identisch sein soll (11). Dagegen hält sie bereits Bulgarus für eine actio in factum subsidiaria, die nur im materiellen Sinne, nämlich insofern sie eine Ausdehnung der Ansprüche aus der Tutel enthalte, utilis genannt werden könne, und dieser Meinung sind späterhin, auf Auctorität des Theophilus, der sicher den Namen in factum actio nicht selbst erfunden, sondern bereits vorgefunden und nur auf seine Weise erklärt hat, unter andern auch Cujacius (12), Fabrotus (13) und Reitz (14) beigetreten.

Offenbar enthalten beide Meinungen, nur jede in verschiedener Beziehung, etwas Richtiges. Denn was die De-

(9) L. 9. de mag. conv.

(10) Rogerius Beneventanus de dissensionibus dominorum p. 32 seq. ed. Haubold. Lips. 1821. 8.

(11) Schulting Notae ad Dig. Tom. IV. ad L. ult h. t. p. 493.

(12) Cujac. Parat. ad Dig. h. t. Recitt. ad Cod. V. 75.

(13) Fabroti Apolog. pro graecis Basilicῶn Interpretibus et Theophilo Antecessore in Ottonis Thesaur. T. III. p. 1145.

(14) G. O. Reitzii Excurs. ad Theoph. T. II. p. 1199 sq.

monstratio und Intentio anlangt, so ist von selbst klar, daß diese nicht die der actio tutelae directa oder utilis sein können, da der Magistrat weder aus der Verwaltung noch aus der Cessation bei der Tutel verantwortlich sein würde. Hier also muß nothwendig der Klaggrund durch nähere Bestimmung des factischen Herganges des Versehens der Magistratus demonstrirt, mit andern Worten, die Klage muß so gut wie die Klage wegen versäumter damni infecti cautio (15) in factum concipirt gewesen sein, und Theophilus hätte in der That nicht nöthig gehabt, diesen Ausdruck blos durch eine Klage auf das Factum der Indemnisation zu erklären. Hingegen die Condemnatio geht nicht auf Strafe, sondern auf Ersatz dessen, was der Kläger mit der actio tutelae, negotiorum gestorum und protutelae zu fordern hatte, (quicquid ex tutela dari fieri oportet) aber von dem Vormunde selbst und den Bürgen desselben nicht hat erhalten können. Wegen dieser Identität der Condemnatio kann die Klage allerdings mit vollem Recht eine actio tutelae utilis d. h. eine auf einen andern Beklagten gerichtete und mit einer andern Demonstratio und Intentio versehene Tutelklage genannt werden, so wie sie freilich auch mit demselben Rechte eine actio utilis ex stipulatu heißen möchte (16).

(15) L. 4. §. 7—10. de damno infecto. In eum (magistratum) qui quid eorum . . . . non curaverit, quanti ex res est, cujus damni infecti nomine cautum non erit, judicium datur.

(16) Schon Bulgarus ahnete diesen Zusammenhang: refertur enim (L. 9. h. t.) potius ad *exactionis effectum*, quam ad *nomen* actionis, est enim philosophice dictum.

In Deutschland scheint diese Klage erst seit Einführung des Römischen Rechts durch die Reichsgesetzgebung allgemein bekannt geworden zu sein (17).

B. Partheien.

§. 189.

I. Kläger in unserer Klage ist der Pupill, Minderjährige und die übrigen unter Vormundschaft stehenden Individuen (1). Jedoch steht die Klage dem eigentlichen Pupillen allemal erst nach beendigter Vormundschaft zu, da er zuerst seinen Tutor ausgeklagt haben muß, den er nicht früher belangt haben kann (2). Ebenso wird die Klage den Erben oder sonstigen Successoren dieser Personen gegeben (3). Hingegen hat nach den Worten des Senatusconsults der Vormund selbst gegen die Magistratus in keinem Fall eine Klage suo nomine, denn das Senatusconsult redet durchaus nur vom Pupillen, nicht aber vom Tutor. In den meisten Fällen hat dieser Satz in der That keine Härte, denn wenn z. B. von zwei Vormündern, welche beide keine Caution gestellt hatten, der eine wußte, daß sein College nicht cavirt hatte, so konnte er der Gefahr zuvorkommen, indem er sich Caution von dem Collegen bestellen oder denselben absetzen ließ. Gesetzt aber, er hat nicht gewußt, daß die Caution unterlassen war,

(17) Vgl. z. B. das Geldernsche Landr. bei Maurenbrecher: die Rheinpreuß. Landrechte. Thl. II. S. 588. mit R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

(1) §. 2. J. h. t.

(2) L. 5. C. h. t. In Deutschland kann aber zu jeder Zeit geklagt werden.

(3) L. 1. §. 4. h. t.

ist also in dieser Beziehung von Culpa frei, und bezahlt nun, ohne daß ihm der Pupill seine Klage gegen den Magistratus cedirt hat, das Ganze, dann würde es äußerst unbillig sein, wenn die Culpa des Magistratus ihm zur Last fallen sollte. In solchen Fällen wird denn auch ihm eine Klage gegen den Magistrat gegeben werden (4), welche keine andere sein kann, als eine subsidiaria utilis (§. 164. a. E.) (5).

II. Beklagte sind:

A. Nach den Worten des Senatusconsults selbst nur

(4) In der Justinianischen Compilation ist dieser Satz auf eine merkwürdige Weise, nämlich dadurch anerkannt worden, daß die L. 3. h. t. (Julianus lib. XXI. Dig.) welche ursprünglich gewiß den Schluß von L. 5. eod. (Julianus eod. lib.) ausmachte und in diesem Zusammenhange einen ganz andern Sinn hatte, — indem namentlich das ei auf den Pupillen ging, — in unserm Titel mit der L. 2. (Ulpianus lib. 3. Disp.) in Verbindung gebracht ist, wodurch sie erst den im Text angegebenen Sinn bekommt. vgl. Anton. Faber Jurispr. Pap. Scient. t. XII. pr. VIII. Illat. 48. p. 1006 seq. Die entscheidenden Worte beider Stellen lauten nunmehr so: L. 2. (Ulp. lib. 3. disp.) ... Dicebam: cum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad magistratus redire posse, neque tutorem, cum *nunquam* tutor adversus magistratus habeat actionem, S. C. enim pupillo subvenit: praesertim cum sit, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit, vel suspectum non fecit, si scivit, ut proponitur, magistratibus eum non cavisse. L. 3. h. t. Julianus lib. XXI. Dig. Quodsi tutor ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum, adversus magistratus actionem *ei* dari (ei nämlich tutori vgl. Basil. lib. 38. t. 8. c. 3. Tom. V. p. 111. Glossa ad L. 3. cit. Cujac. ad lib. XXI. Dig. Salvii Juliani ad L. 3. 5. h. t. C. Opp. postum. Tom. III. p. 145.)

(5) Vgl. Lindelof im Archiv für civ. Pr. VII. 6. Für eine actio negotiorum gestorum halten sie Viele wegen L. 30. de neg. gest., allein der Vormund wollte hier nicht das negotium magistratus geriren.

die magistratus municipales, d. h. die Duumvirn oder Quatuorvirn des Municipiums oder der Colonie, so daß die Klage eigentlich nur auf die italischen und die Stadtobrigkeiten der Provinzialstädte, welche jus Italium hatten, anwendbar war (6).

B. Späterhin hat jedoch die Klage eine zwiefache Ausdehnung erfahren: Zuerst nämlich hat sie Hadrian auch gegen den gegeben, welcher vom Magistrat oder Ordo zum Behuf der Prüfung der Satisdationen erwählt und committirt ist (7). Nach späterer Römischer und Byzantinischer Gerichtsverfassung war dieses regelmäßig der Scriba des Prätor tutelaris (8), der das Inventarium aufzunehmen, das Vermögen abzuschätzen und nach dieser Abschätzung auch die Größe der Cautionen zu bestimmen hatte (Thl. II. S. 244.). Eine Anwendung dieses Satzes enthält eine Constitution von Zeno: Bei der Bestellung des Curators hatte der Scriba das Vermögen nur zu 200 abgeschätzt und daher auch nur ducenta salva fore caviren lassen. Später findet sich der Belauf in

(6) L. 5. C. h. t. §. 2. J. eod. L. 1. pr. §. 3. h. t. L. 53. de adm. wo, als Oberer der Präses genannt und mit dem Prätor verglichen wird (exemplo eorum, qui praetorem instruunt).

(7) L. 1. §. 8. h. t. Divus Hadrianus rescripsit, etiam in eum, qui electus est ad aestimandas satisdationes, actionem dandam.

(8) Schol. ad Theoph. §. 2. J. h. t. Nov. 94. epilog.... quatenus in omni pupillari substantia omnis cautela fiat circa res minorum custodiae, et praecipue ut cum subtilitate descriptiones fiant, praesente clarissimo scriba, cui de talibus cura commissa est... Nov. Constantini Porphyrogenetae περὶ συνηθείων τοῦ σκρίβα.... σχεδὸν ἡ πᾶσα φροντὶς τῶν ἀφηλίκων, καὶ ὁ περὶ τῶν πραγμάτων αὐτῶν κίνδυνος ἐκ μεγάλης ἀμελείας εἰς αὐτὸν ἐφορᾷ. vgl. v. Savigny's Gesch. des Röm. Rechts. I. S. 47.

der That höher und der Curator bestellt daher eine Dos von 300. Dennoch ist die Bestellung selbst weder ipso jure ungültig, weil sie dem Vermögen angemessen ist, noch auch der Restitution unterworfen, weil nur die gewöhnlichen rechtlichen Folgen, keine Läsion, eingetreten ist. Allerdings aber kann sich die Minorenne an den Scriba halten, welcher aus Arglist oder Nachlässigkeit die wirkliche Größe des Vermögens verschwiegen hat (9).

C. Eine zweite Erweiterung bezieht sich auf den Ordo decurionum, welcher den Magistraten zur Seite stand. Gegen diesen geht die Klage nicht, wenn die Magistratus selbst die Tutoren bestellt haben (10), sondern nur dann, wenn der Magistratus todt, abwesend, oder gar nicht vorhanden ist und deshalb die nominatio, datio tutoris, oder die satis exactio vom Ordo allein besorgt wird (11). Das Letzte ist nun regelmäßig in den Provinzialstädten der Fall, welche verfassungsmäßig gar keine Magistratus haben und in welchen daher die Nomination der Tutoren immer nur von den Curialen ausgehen kann. So betrachtet, erscheint eine (interpolirte) Constitution von Valentinian, Theodosius und Arcadius sehr natürlich, welche verordnet, daß in diesen Städten die Curialen nicht nur

(9) L. 6. C. h. t. Zeno. A. Actione P. P. d. 5. Cet. Jan. Basilio V. C. Cest. 480. in Verbindung mit andern Stücken dieser Constitution in L. 9. C. de in int. rest. min. L. 28. C. de jure dot.

(10) L. 1. pr. in fin. h. t. Sed si a magistratibus municipalibus tutor datus sit, non videtur per Ordinem electus.

(11) L. 19. de tut. dat. L. 3. Qui pet.

nur die Gefahr der Nomination tragen, sondern daß auch ihre Güter deshalb stillschweigend verpfändet sein sollen. Doch bezieht sie sich in Justinians Compilation nur auf Vormünder von personae clarissimae (12).

D. Andere Erweiterungen als die beiden genannten hat unser Senatusconsult nicht erfahren, namentlich ist es nie auf höhere Magistrate, welchen tutoris datio zusteht, z. B. auf den Präfectus Urbi, den Consul, den Prätor tutelaris, den Präses, den Legatus u. s. w. erstreckt werden, weil diese entweder die satis exactio den Magistraten überlassen oder Statt aller Satisdation selbst die Tüchtigkeit des Vormundes prüfen und ihn dann ohne Weiteres anstellen (13). Selbst auf die zehn Senatoren, welche den Rath der beiden Stadtpräfecten in Rom und Byzanz bilden, ist die Verantwortlichkeit nicht ausgedehnt (14). Erst in Deutschland kann die actio subsidiaria gegen jede obervormundschaftliche Behörde angestellt werden (15).

(12) L. 1. C. de tut. illustr. Impp. Valent. Theod. et Arcad. A.A.A. Proculo P. U. . . In provinciis autem Curiales in nominandis tutoribus et curatoribus clarissimarum personarum exhibeant debitam cautionem et *discriminis sui* memores, cognoscant *indemnitati* minorum obnoxias etiam suas deinceps esse facultates. Dat. 3. Cal. Jan. Mediol. Timasio et Promoto Cess. 389. In der L. 3. C. Theod. de tut. creand. fehlt dieser Schluß ganz, ist also gewiß aus einer verlorenen Constitution.

(13) Gajus I. 200. pr. §. 4. J. h. t. L. 1. §. 1. h. t. Thl. I. §. 59.

(14) L. 2. pr. C. Th. de tut. creand. i. e. L. 1. C. de tut. ill.

(15) R. P. O. v. 1548. Tit. 31. §. 2. 3. 1577. Tit. 32. §. 2. 3. „indeme dann alle und jede Obrigkeiten vermög göttlicher und unser kaiserlichen gebott sondern fleißiges Auffsehens zu thun, aus tragendem Ampt sich schuldig erkennen..."

III. Da der Beklagten, der Magistratus wenigstens, allemal mehrere zu sein pflegen, nämlich Duumviri oder Quatuorviri, so entsteht auch hier die Frage, zu welchem Antheile jeder Einzelne unter ihnen hafte? Im Allgemeinen kann nun auch hier von Jedem das Ganze gefordert werden, jedoch so, daß der Erwählte und Belangte durch Zahlung des Ganzen sowohl sich selbst, als den Collegen liberirt (16). Indeß theils setzt diese Regel auch hier wie bei Vormündern (S. 22.) Culpa voraus, theils sind auch hier die gewöhnlichen Milderungen derselben eingetreten.

A. Zunächst haben nämlich auch mehrere Magistratus das beneficium ordinis sive excussionis d. h. wenn nur Einer von ihnen die Vormünder bestellte, so kann der Zweite verlangen, daß der Pupill jenen zuerst ausklage und erst dann wegen des Restes ihn selbst angreife. Eben dasselbe gilt auch in dem Fall, wenn die Magistratus unter sich ausgemacht

Preuß. Landr. §. 301. 302. Oesterr. G. B. §. 265. Würtemb. L. O. Tit. 42. §. 4.

(16) Wichtig ist in dieser Beziehung besonders das fast mit dem S. C. gleichzeitige Rescriptum Claudii Quartini bei Terasson Histoire Adp. p. 44. Es lautet also: Claudius Quartinus Duumviris Pompejonensibus salutem! Et jus magistratus vestri exequi adversus contumaces potestis, et nihilominus, qui cautionibus accipiendis desunt, sciant, futurum, ut non per hoc tuti sint. Nam et non acceptarum cautionum periculum ad eos respiciet, et quicquid praesentes quoque egerint, id communis oneris erit. Datum Nonis Octobris Callagori, Imperatore Caesare Trajano Hadriano Augusto III. Consule (871. 120.) — Nach heutigem Recht haften oft blos die handelnden Mitglieder der obervormundschaftlichen Behörde. Pr. Landr. §. 305. (vgl. Tit. 10. §. 127 ff.) Brem. V. O. §. 126. 127.

hätten, die Vormünder sollten nur auf Gefahr des Einen unter ihnen bestellt werden, denn wenn gleich durch einen solchen Vertrag das jus publicum, Kraft dessen jedem Einzelnen das Amt ganz übertragen wird, wie Hadrian ausdrücklich rescribirt hat, nicht verändert, d. h. die Verbindlichkeit des Einen überhaupt nicht aufgehoben werden kann, so wird doch dadurch derjenige allein gerens, welcher die Gefahr übernimmt (17) und muß demnach wenigstens vorausgeklagt werden, ehe der College belangt werden kann (18).

B. Dann aber steht ihnen auch das beneficium divisionis zu, vorausgesetzt, daß beide solvend sind und nur wegen Culpa, nicht wegen Dolus in Anspruch genommen werden, denn im ersten Fall würde des Pupillen Vermögen nicht res salva sein, im zweiten verdienen die Magistratus die Härte der Solidität als Strafe (19). Stirbt demnach der eine der beiden Collegen ohne Erben, so hindert den Pupillen nichts, den andern auf das Ganze zu belangen (20).

(17) L. 5. §. 3. de adm.

(18) L. 1. §. 9. h. t. Die Worte quemadmodum si solus dedisset (sc. tutores) paraphrasiren die Basilic. Tom. V. p. 109 in fin. ὅπερ ἐςὶ καὶ ἡνίκα μόνος ὁ εἷς τῶν ἐπιτρόπων δώσει ἐγγύας, πρῶτος γὰρ ἐνάγεται d. h. es verhält sich mit dem pactum gerade so wie wenn einer allein die Bürgen der Vormünder dem Pupillen constituirt d. h. ihnen die Caution abgenommen hätte. Die Stelle bedarf also wohl keiner Emendation, wie Hoffmann Obss. Diss. XXIV. §. 4. und nach ihm Glück Pand. XXXII. S. 418. Note 46. wollen.

(19) L. 7. h. t. (Celsus lib. XI. Dig.), welche Stelle jedoch unter der Hand der Compilatoren gelitten zu haben scheint: Dirksen Civ. Abh. Bd. 1. S. 216. 223.). L. 3. C. h. t. (Gordian 239.) L. 45. de adm.

(20) L. 8. h. t.

C. Auch die Anwendung des beneficium cedendarum actionum gegen den Collegen auf den Magistratus ist aller Analogie nach keinem Bedenken unterworfen. Aber auch ohne Cession kann sich der Magistrat durch Vertrag mit seinem Collegen die Indemnität sichern, wenn er nur nicht versäumt eine Stipulation zu interponiren, denn das bloße pactum, ut alterius periculo tutores darentur, erzeugt keine Actio. Dies ist um so unbedenklicher, als sich die Magistratus auch von den Vormündern selbst Indemnität und Ersatz des bereits Ausgezahlten stipuliren und deshalb Bürgen stellen lassen können, in welchem Fall sie der Pflegling nach gehöriger Vorausklagung seiner Vormünder und deren Bürgen auf Cession ihrer actio ex stipulatu gegen diese Bürgen mit der actio subsidiaria oder utilis tutelae belangen, oder auch ohne Cession die actio ex stipulatu utilis gegen dieselben anstellen kann (21).

IV. Gegen die Erben der ursprünglichen Beklagten geht die Klage nach den Worten des Senatusconsults entschieden nicht, indeß ist sie später theils durch kaiserliche Constitutionen theils durch juristische Interpretation derselben gegen sie ausgedehnt worden (22). Ein Rescript von Pius nämlich wollte sie *causa cognita* auch gegen die Erben des Magistratus gerichtet wissen (23) und diese causae cognitio

(21) L. 1. C. h. t. Imp. Antoninus A. Mutiano. Accepta Non. Jan. Duobus Aspris Coss. 212. cf. Basilic. lib. XXXVIII. t. 8. c. 15. Tom. V. p. 113 sq.

(22) §. 2. J. in fin. de satisd. tut.

(23) L. 6. h. t. (Ulpianus lib. 1. ad edictum). Nur macht es die Inscription sehr zweifelhaft, ob

hat man späterhin so aufgefaßt, daß sie bei Dolus (fraus) und lata culpa des Magistratus z. B. wenn er überall keine Caution bestellen ließ oder augenfällig untüchtige Bürgen annahm, auch gegen die Erben gegeben wird, bei levis culpa hingegen höchstpersönlich ist. Diese Interpretation, welche offenbar auf demselben Grunde ruht, wie die ähnliche bei den Erben der Vormünder selbst, welche oben vorgekommen ist, wurde auch später noch durch ein Rescript von Alexander Sever (24) bestätigt, und ist auch im heutigen Recht (25) angenommen worden.

V. Stand der Duumvir zu der Zeit, als er das Versehen beging, noch in väterlicher Gewalt, so hindert dieses natürlich nicht, daß er selbst civiliter in solidum obligirt wird (26). Was aber die Obligation des Vaters betrifft, so wird gegen diesen immer nur die actio de peculio und selbst alsdann nicht aufs Ganze gegeben, wenn der Vater in die Wahl des Sohnes zum Decurio eingewilligt haben sollte (27). Dieser letzte Satz könnte auf den ersten Blick befremden, da die Klage aus der Tutel des Sohnes in diesem Fall gegen den Vater in solidum gerichtet wird (§. 167). Allein der Vater, indem er in den Decurionat des Sohnes consen-

nicht ursprünglich die Unterlassung der cautio damni infecti gemeint, mithin die actio nur die actio in factum ist, welche dort gegen die Magistratus gegeben wird (vgl. oben Note 3.).

(24) Papinianus L. 96. §. 1. de solut. Ulpian. L. 4. 6. h. t. Imp. Alexander. L. 2. C. h. t. (a. 225.)

(25) Preuß. Landr. §. 301. Bremische V. O. §. 123.

(26) L. 2. §. 5. ad municip.

(27) L. 3. §. 13. de pecul. L. 1. §. 17. h. t. L. 2. §. 5. ad municip.

tirt, verbürgt im Grunde nur der Stadt ihr pecuniaires Interesse, sofern es durch die Verwaltung irgend eines dem Sohn als Decurio übertragenen Munus sollte gefährdet werdet, (rem publicam, nicht rem pupilli salvam fore). Er haftet also z. B. in solidum, wenn der Sohn öffentliche Gelder verwaltete, oder curator operum wurde, oder städtische Grundstücke locirte und aus diesen Geschäften der Stadt schuldig wurde (28). Dieses hat man Kraft ganz besonderer Begünstigung auf das dem Sohn injungirte munus tutelae erweitert (29). Allein für die Versehen, welche der Sohn als Duumvir macht, haftet der Vater aus jenem Consense nicht, denn einmal ist der Duumvirat kein munus, sondern ein honor, dann aber wird — und dieses ist die Hauptsache — wenn der Sohn als Magistrat den Pupillen keine Tutoren gegeben hat, nicht das pecuniäre Interesse der Stadt, sondern nur das der Pupillen gefährdet (non rei publicae sed pupillorum interest) (30).

VI. Besondere Sicherungen wegen dieser Klage finden in der Regel nicht Statt. — Insbesondere kann sie in der Regel gegen die Nominatoren (31) und Bürgen des Magistratus (also gewöhnlich die Vorgänger (32) oder den

(28) L. 2. pr. §. 4. ad municip.

(29) L. 1. C. quod cum eo. Impp. Sev. et Ant. 197.... Quod si voluntate ejus filius decurio sit creatus et a magistratibus tutor constitutus, pater in solidum satisfacere cogitur: cum id onus *exemplo ceterorum munerum civilium* introductum intelligatur.

(30) L. 2. §. 5. ad municip. (mißverstanden von Burchardi Grundzüge S. 136. indem er daraus den Satz herleitet, der Staat habe gar kein Interesse, res pupilli salvas esse) vgl. auch noch L. un. C. de peric. eor. qui pro mag.

(31) C. XI. 33. de periculo nominatorum.

(32) L. 2. C. eod.

Ordo) (33) nicht gerichtet werden, da diese sich nur für die Ansprüche der Stadt gegen den Magistrat, nicht aber für seine Verpflichtungen gegen die Pupillen verbürgt haben (34), indem ihre Stipulation auf rem publicam, nicht rem pupilli salvam fore lautet. Hat aber der Ordo das Periculum des Magistratus überhaupt übernommen, dann hat er sich auch für das letztere verbürgt, und es kann dann gegen die bei diesem Beschluß gegenwärtig gewesenen Mitglieder die actio utilis (subsidiaria) angestellt werden, wenn sie auch nicht durch Stipulation sich verpflichtet haben, weil die Nomination des Magistrats und die ausdrückliche Erklärung des Ordo durch ein Senatusconsult dieser völlig gleich geachtet wird (35). — Eben so wenig ist hier in der Regel von einer *actio hypothecaria* die Rede. Denn der Pupill hat, wenn das Vermögen der Magistratus verkauft wird, nicht einmal ein privilegium exigendi, sondern muß mit den übrigen Creditoren pro rata theilen, geschweige denn ein gesetzliches Pfandrecht (36). Eine Ausnahme gilt nach einer Constitution Valentinians und seiner Mitkaiser in dem Falle, wenn der Pupill clarissimus oder illustris ist und die Curialen der Provinzialstadt bei seiner Bevormundung gefehlt haben. Denn hier ist ihm deren Vermögen stillschweigend verpfändet (37).

(33) L. 1. pr. h. t.

(34) C. XI. 34. de periculo eorum, qui pro magistratibus intervenerunt. L. 2. §. 5. ad municip. L. 1. pr. h. t.

(35) L. 1. pr. h. t.

(36) L. 1. §. 14. h. t.

(37) L. 1. in fin. C. de tut. illustr. vel clar. 389. vgl. S. 161.

C. Culpa des Beklagten.

§. 190.

I. Sollen aber die Beklagten in dieser Klage condemnirt werden, so ist erforderlich, daß sie an dem Schaden des Pfleglings Schuld sind, und zwar haben die Magistratus selbst in der Regel omnis culpa zu prästiren (1). Wenn also der Tutor durch unvorhergesehene Zufälle insolvend geworden (2), oder der Kläger selbst an seinem Schaden Schuld ist, weil er oder sein Curator versäumt hat, den Vormund oder die Bürgen zu rechter Zeit, d. h. gleich nach beendigter Vormundschaft, wo sie solvend waren und ihm die Klage zustand, zu belangen, so müssen die Magistratus absolvirt werden (3). Allein wenn gleich der Magistratus nur seiner Culpa wegen condemnirt werden kann, so braucht der Kläger ihm diese nicht speciell nachzuweisen, vielmehr hat dieser genug gethan, wenn er die Nichtbestellung oder die Insolvenz der Vormünder zur Zeit der Klage dargethan hat, und es ist nun Sache des Magistratus, sich durch Nachweisung des Casus oder der Schuld des Klägers zu reinigen, d. h. darzuthun, daß sie zur Zeit der Bestellung oder doch zur Zeit der Beendigung der Tutel (tempore tutelae), also der actio nata, solvend gewesen sind (4), indem es zur Amtspflicht des Magistrats gehört, nicht blos die

(1) L. 4. 6. 7. h. t. L. 2. C. eod. — L. 1. §. 2. 3. h. t. (Rescr. von Marcus.)

(2) L. 1. § 11. de mag. conv.

(3) L. 1. §. 12. h. t. L. 5. de conf. tut. L. 53. de adm. vgl. L. 1. C. de peric. nominat.

(4) L. 1. §. 13. h. t. L. 11. de prob. L. 53. de adm. L. 3. C. de probat.

Caution aufzunehmen, sondern auch für gehörige Beweise derselben zu sorgen (5) und diese vorzulegen, wenn es darauf ankommt, sich über die Beobachtung seiner Amtspflicht zu legitimiren.

II. Im Einzelnen kann jedoch dieser Dolus und Culpa des Magistratus noch in verschiedener Weise zur Sprache kommen.

A. Zunächst kann nämlich die Schuld des Magistratus darin liegen, daß überall kein Vormund bestellt worden ist. Ja diese Nachlässigkeit wird sogar für eine lata culpa gehalten werden müssen und der Magistratus demnach gehalten sein, dem Pupillen den ganzen in der Zwischenzeit durch Verwahrlosung seines Vermögens erlittenen Schaden allein zu ersetzen. Jedoch wird vorausgesetzt, daß der Magistrat an die Bestellung erinnert worden ist (6), weil der Magistratus in einer volkreichen Stadt die Bedürfnisse der einzelnen Familien von Amts wegen zu kennen weder im Stande noch verpflichtet ist (7).

B. Demnächst aber kann die Schuld auch in unterlassener Bürgschaftsbestellung bestehen, und es wird auch diese für lata culpa gehalten werden müssen, selbst wenn die Bürgschaftsstellung nicht ausdrücklich anbefohlen oder aufgetragen gewesen sein sollte, weil die Nothwendigkeit derselben sich nach allgemeiner Rechtsregel von selbst versteht (8), sofern nicht

(5) L. 30. C. de ep. aud.

(6) Auch die Klage wegen unterlassener cautio damni infecti wird nur gegeben „si postulatum est.“

(7) L. 4. §. 8. de damno infecto. L. 1. §. 6. h. t. L. 2. §. 5. ad municip.

(8) L. 1. §. 11. 17. h. t. L. 53.

eine ebenfalls gesetzliche Ausnahme eintritt (9) und weil namentlich die Magistratus nie das Recht haben, die Tüchtigkeit der Tutoren durch eigene Inquisition zu prüfen, wie es den höhern Behörden zusteht (10).

C. Auf gleiche Weise haften aber die Magistratus auch dann, wenn der Vormund und die Bürgen zwar bestellt, aber nicht idonei waren (11) und zwar haften die Magistratus hier:

1. Wenn sie selber den Vormund bestellten, aber nach der datio von Seiten des Präses auf dessen Befehl die Bürgschaft forderten (12).

2. Als Nominatoren, wenn sie dem Präses der Provinz untüchtige Vormünder vorschlugen, oder demselben Bericht abstatteten oder ihn instruirten über die Tauglichkeit anderweit vorgeschlagener Vormünder und Bürgen, die Bestellung selbst aber vom Präses ausgegangen ist. Jedoch sollen nach einem Rescript von Marcus diejenigen, welche dem Präses blos berichten nicht denen gleich haften, welche selbst bestellt haben, weil in diesem Fall der Präses selbst die Gefahr der Anstellung übernimmt. Sie haften also nur für Dolus oder lata culpa, z. B. wenn sie absichtlich durch Gunst oder Bestechung falsch berichtet haben (13).

de adm. L. 3. §. 13. de pecul. L. 5. de conf. tut. L. 2. §. 5. ad mun. §. 2. J. h. t. L. 8. §. 4. 5. Qui satisd.

(9) L. 5. C. de auct. praest.

(10) Paull. lib. 1. ad ed. L. 105. de R. J. Ubicunque causae cognitio est, ibi Praetor desideratur.

(11) L. 2. §. 5. ad mun.

(12) L. 1. §. 5. h. t. L. 2. §. 5. ad mun. L. 46. §. 6. de adm. L. 5. de conf. L. 2. 3. C. h. t.

(13) L. 1. §. 2. 3. 5. h. t. L. 2. §. 5. ad municip. Doch ist seit L. 30. C. de ep. aud. (aus Balsamon Coll. eccl. const. L. 1. t. 4. 5. 30. ap. Voëll. Bibl. jur.

In allen diesen Fällen können sich auch die Magistratus nicht damit entschuldigen, daß in ihrem Gerichtsbann, der Stadt und dem Weichbilde, keine tüchtige Vormünder zu finden waren, denn sie konnten ja aus den benachbarten Territorien taugliche Subjecte vorschlagen, damit der Präses dieselben entweder selbst anstellen oder durch eine Commission auf das competente Gericht deren Anstellung verfügen konnte (14).

Auch würde es den Magistraten wenig helfen, wenn sie die Bestellung oder Satisdation hinhalten wollten, um sie ihren Nachfolgern aufzubürden, denn wenn diese gleich in omne periculum succediren, so haften sie doch nur für ihre eigenen Versehen, nicht aber für den Schaden, welcher dem Pupillen aus den Handlungen ihrer Vorfahren bereits erwachsen war und den sie nicht mehr bessern konnten (15).

In Deutschland hält man die Obervormundschaft nicht blos wegen Versehen der Bestellung der Vormünder, sondern auch wegen unterlassener Aufsicht oder ertheilter Genehmigung bei der Administration für verantwortlich. Doch sollte diese Verantwortlichkeit billig auf die Fälle beschränkt werden, wo das Geschäft in den eigenthümlichen Geschäftskreis der Obervormundschaft gehört und dieselbe nicht blos dem anfragenden Vormund in dem seinigen guten Rath ertheilt (16).

can. T. II. p. 1279) dieser Fall seltener als im ältern Recht.

(14) L. 1. §. 10. h. t.

(15) L. 1. §. 7. vgl. L. 4. h. t. Preuß. Landr. §. 306. 307.

(16) Fränkische L. G. O. III. 21. 3. Preuß. Landr. §. 301—303. Oesterr. G. B. §. 265. Baierisch. Landr. I 7. §. 29. Würtemb. L. O. Tit. 42. §. 4. Kurbraunschw.

D. Zweck und Erfolg.

§. 191.

Die Condemnatio in dieser Klage ist auf Alles gerichtet, was der Kläger aus der Tutel fordern darf (1), sofern er es durch Excussion der Vormänner (§. 192.) nicht hat bekommen können (2). Derselbe kann daher von dem Magistratus nicht nur Capital, sondern auch Zinsen fordern, wie Sever und Antonin ausdrücklich rescribirt haben, denn wenn gleich von Strafen keine Zinsen bezahlt werden, so muß doch hier deshalb eine Ausnahme gelten, weil die Strafe eben das Object der actio tutelae ist, mit dieser aber auch Zinsen gefordert werden dürfen (3).

E. Ordo conventionis.

§. 192.

Da jedoch der Beklagte dieses Object nur soweit zu bezahlen hat, als es von den Vormündern und deren Bürgen nicht bezahlt ist, so kann er nur dann sogleich in Anspruch genommen werden, wenn gar keine Vormünder bestellt worden sind (1). Im entgegengesetzten Fall findet ein ordo con-

Ges. v. 16. Aug. 1692. Weimarsches Ges. v. 5. Sept. 1713. Bremische V. O. §. 122.

(1) L. 9. h. t. eadem in magistratus actio datur, quae competit in tutores.

(2) L. 5. de conf. tut. Unde sequitur, ut si tutelae tempore solvendo non fuerint, in id, quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio decernatur. L. 3. C. h. t.

(3) L. 9. h. t.

(1) L. 1. §. 6. h. t. Preuß. Landr. §. 302. (wonach nur mäßiges Versehn prästirt wird.) Brem. V. O. §. 124.

ventionis Statt, dem ähnlich, welcher bei der Klage der Stadt gegen ihre Duumvirn und Curatoren eintritt (2). Hiernach aber haften:

I. Zuerst der administrirende oder cessirende Vormund selbst oder dessen Erben (3).

II. Sodann die Bürgen desselben (4) so wie die Besitzer in fraudem tutelae veräußerter Sachen, welche mit dem interdictum fraudatorium zu belangen sind (5).

III. Hierauf die Nominatoren des Vormundes (6).

IV. Demnächst die Collegen des Vormundes oder die Contutoren, denen dieselbe ganze Administration übertragen war (ad quorum periculum consortium administrationis spectat, qui periculo soliditatis sunt obstricti) (7), sofern sie den Schaden des Pupillen selbst verschuldet haben (8), denn sie haften

(2) L. 11. 13. ad municip. L. 46. §. 1. de adm. et peric. C. XI. 35. Quo quisque ordine conveniatur. Ribbentrop Correalobl. S. 75 ff.

(3) L. 53. de adm. L. 5. de conf. tut.

(4) L. 4. 5. C. h. t. (§. 187. a. E.)

(5) L. 1. C. h. t.

(6) Denn sie haften nach den Bürgen arg. L. 2. C. Quo quisque ord. aber vor den Collegen L. 11. ad municip.

(7) L. 4. C. h. t. L. 5. L. 3. h. t. L. 46. §. 1. in fin. de adm. verb. Alias quidem quum Magistratus plures tutores dant, non prius ad eos reverti pupillus potest, quam omnes tutores excussati fuerunt. L. 1. §. 15. de tutelae. Quod enim Marcellus lib. 8. Dig. scripsit, quodque saepissime rescriptum est, quamdiu vel unus ex tutoribus idoneus est, non posse ad Magistratus qui dederunt veniri, sic erit accipiendum, si non tutor ob hoc conveniatur, quod suspectum facere, vel satis exigere noluit. L. 2. h. t.

(8) Denn für den Casus haften sie nicht L. 1. §. 15. de tutelae. L. 5. 3. h. t. im ursprünglichen Zusammenhange L. 46. §. 1. de adm.

nicht wie die Nominatoren fidei nomine, sondern negligentiae et poenae nomine (9).

V. Erst dann, wenn der Pupill von allen diesen Personen das Ganze nicht hat erhalten können, kommen die Magistratus an die Reihe (10).

VI. Zu allerletzt kann sich der Kläger noch an die Collegen des schuldigen Tutors halten, sofern dieselben nicht schon vor den Magistratus angegriffen werden konnten. Hierher gehören:

A. Die Vormünder der andern Regionen, denen also ein ganz separirter Theil des Vermögens zu verwalten übertragen ist (muneris participes), wenn sie den Tutor der andern Region nicht suspect postulirten oder nicht Caution von ihm forderten u. s. f. (11).

B. Tutores honorarii, denn diese verhalten sich in der That zu der vormundschaftlichen Administration überhaupt oder zu der ganzen Vormundschaft, wie sich participes zu der fremden Region verhalten. Da nun diese letztern erst nach den Magistratus und zwar auch dann nur wegen Culpa belangt werden können, so wird wegen gleicher ratio dasselbe von den honorariis behauptet werden müssen (12). Doch

(9) L. 11. ad municipalem.

(10) L. 1. 4. 5. C. h. t. Die in diesen Stellen genannten Nominatoren sind nämlich dem Zusammenhange nach Magistratus. — Bei städtischen Curatoren haften die Magistratus vor dem Collegen. L. 46. §. 1. de adm.

(11) L. 46. §. 6. de adm. (Paull. lib. 9. resp.) L. 2. 4. C. Quo quisque ord.

(12) W. A. Lauterbach. Exerc. acad. de honor. tut. Tub. 1655. C. III. §. 30. 4. 7.—11. Thibaut System §. 542.

sind unter unsern Juristen Viele anderer Meinung. Einige nämlich behaupten gerade umgekehrt Vorausklagung der honorarii von den Magistratus (13). Sie berufen sich einmal darauf, daß die Klage gegen die magistratus ultimum praesidium genannt wird oder subsidiaria actio, allein daß diese im Allgemeinen wahre Bezeichnung im Einzelnen oft unrichtig ist, zeigt ja schon das Beispiel der participes tutelae, die ja auch erst nach den Magistratus ausgeklagt werden können (14). Andererseits führen sie die Analogie der solidarischen Mitvormünder an, welche allerdings wegen Culpa vorausgeklagt werden. Allein wenn man sich auf Analogien berufen will, so ist die nähere, ja die einzig mögliche, die der participes muneris, denen die Administration gleich den honorariis entzogen war, nicht die der in solidum administrirenden, welche natürlich wegen jeder Culpa oder Cessation zunächst und auf der Stelle haften müssen. Andere dagegen (15) behaupten, wenn der honorarius in culpa sei, z. B. nicht auf Absetzung angetragen habe, hafte er vor, sonst erst nach dem Magistrat. Allein ohne Culpa haftet der honorarius überall nicht, weder vor noch nach dem Magistrat (16), denn wenn er suspect postulirte, hat er seine Schuldigkeit gethan und kann nicht mehr in Anspruch genommen werden, da er

(13) Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 336. 1. 2. Zimmern Geschichte des Röm. P. R. §. 250. Glück Pand. XXX. S. 421 ff. Eben so Preuß. Landr. §. 303.

(14) L. 46. §. 6. de adm.

(15) Giphanius Explanat. difficil. et celebr. legg. Cod lib. V. ad L. 2. de div. tut. p. 464. v. Löhr kurze Bemerkungen zur Lehre von der Vormundschaft §. 2. (Archiv für die civ. Pr. Bd. XI. Heft 1. S. 5 ff.)

(16) L. 3. §. 2. de adm.

nicht in solidum obligirt ist, weder als gerens, denn er hat nicht gerirt, noch als suo periculo cessans, denn er war nicht verpflichtet zu geriren.

C. Tutores und curatores, die blos notitiae (nicht auch administrationis) causa gegeben sind, haften eben so wie honorarii (17).

V. Accusatio suspecti.

Quellen:

Inst. I. 26. de suspectis tutoribus vel curatoribus.
Dig. XXVI. 10. de suspectis tutoribus et curatoribus.
Cod. V. 43. de suspectis (tutoribus vel curatoribus).

Bearbeitungen:

Jo. Vollehove D. de suspectis tutoribus et curatoribus. L. B. 1732. in Oelrichs Thes. nov. Diss. jurid. Belg. 1. T. 1. N. III. p. 191—258.

S. Gratamae Praelectiones ad partem primam Inst. Groeningae 1818. p. 344 seqq.

Desid. d'Hauw D. de suspectis tutoribus et curatoribus. Brugis 1825. 4. (Zu beiden letztern Schriften vgl. die Rec. von Hepp in Tüb. Krit. Zeitschr. Bd. 4. Heft 2. S. 237 ff. Tübingen 1828.)

A. Begriff und Geschichte.

§. 193.

Neben den bisherigen Privatklagen giebt es allenthalben noch öffentliche Anklagen, um durch Entfernung eines verdäch-

(17) L. 1. C. de peric. tut.

dächtigen Vormundes der Verkürzung des Pfleglings vorzubeugen.

I. Schon das Attische Recht nämlich kannte nicht weniger als **drei** öffentliche Klagen, welche vor dem Archon auf Absetzung und Bestrafung des Vormundes oder Geldzahlung angestellt werden konnten: die *εἰσαγγελία*, (*γραφὴ, ἀπαγωγὴ* nicht aber *φάσις*) *κακώσεως ὀρφανῶν* (*παίδων, τοῦ ὀρφανικοῦ οἴκου*), welche gegen den *ἐπίτροπος, κύριος* und jeden Dritten gerichtet werden durfte, der einen Unmündigen an Leib, Ehre und Gut irgendwie kränkte oder beschädigte (1); die *γραφὴ ἐπιτροπῆς*, welche noch während der Verwaltung der Vormundschaft, aber nur gegen den *ἐπίτροπος*, nicht gegen andere Beschädiger angestellt werden konnte (2); und endlich die *φάσις μισθώσεως οἴκου*, (*τοῦ ὀρφανικοῦ οἴκου*), welche von der *δίκη* desselben Namens wohl unterschieden werden muß und dann eintritt, wenn der Vormund das Vermögen des Pfleglings schlecht verpachtet hatte (3).

II. Unabhängig von griechischem Einfluß hat sich nun aber auch im Römischen Recht eine öffentliche Klage auf Absetzung des verdächtigen Vormundes ausgebildet. Der Kunstname dieser Klage ist accusatio, crimen, (criminatio) postulatio, actio suspecti tutoris s. curatoris. Sie hat ihren

(1) Heffter athen. Gerichtsverf. S. 193 ff. Meier und Schömann attischer Prozeß. S. 291—293. vgl. 43. 44. 193. 233. 269. 431. 460.

(2) Heffter a. a. O. S. 251. Meier und Schömann a. a. O. S. 293. 294.

(3) Heffter a. a. O. S. 383 ff. Böckh Staatshaush. 1. 378 ff. Meier und Schömann a. a. O. S. 294—296. Platner Prozeß und Klagen bei den Athenern. Th. II. S. 16. 290.

Ursprung in den zwölf Tafeln (4), ist späterhin, als sie aufhörte legis actio zu sein, in's Edict aufgenommen, in welchem ihr eine eigene clausula gewidmet war (5), und sodann durch die Praxis und juristische Theorie weiter ausgebildet worden.

III. Auch im deutschen Recht hat sich ebenfalls unabhängig von Römischem Einfluß eine Anklage und Untersuchung gegen den ungetreuen Vormund ausgebildet, auf welche man aber allmälig die Römischen Grundsätze angewendet hat (6).

B. Cognitio suspecti.

§. 194.

Was nun im Einzelnen zunächst die Gerichtsbarkeit in dieser Klage (cognitio suspecti) betrifft, so enthält das Römische Recht über dieselbe folgende nähere Bestimmungen.

(4) L. 1. §. 2. h. t. Sciendum est, suspecti crimen e lege XII. tabularum descendere. Cic. de off. III. 15. Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis et circumscriptio (κακώσις) adolescentium Lege Plaetoria... Diese Zusammenstellung macht es wahrscheinlicher, daß diese Stelle auf die postulatio suspecti, als daß sie auf die actio rationibus distrahendis zu beziehen ist. Vgl. Dirksen Uebersicht u. s. w. S. 599—604.

(5) L. 1. §. 2. et Ulp. 35. ad ed. Haec clausula et frequens et pernecessaria est: quotidie enim suspecti tutores postulantur.

(6) L. Longob. II. 11. III. 39. Sächs. Landr. I. 41. Schwäb. Landr. a. 320, 4. 5. 323, 4. Hadeler Landr. III. 5. Budjadinger Landr. IV. bei Pufendorf Obs. IV. 601. Stat. von Braunschw. das. S. 109. v. Osterode das. II. S. 248. Preuß. Landr. §. 918—925. Oesterr. G. B. §. 253—256. Code civ. a. 446—449. Würtemb. L. O. 42, 5.

I. Ihre allgemeine Grundlage ist mit dem Fundament der tutoris datio keineswegs gleichartig. Denn sie steht den Obrigkeiten nicht Kraft einer speciellen Lex u. s. w. sondern schon jure magistratus, oder Kraft der Jurisdiction zu (1), nur daß unter dieser nicht die Jurisdiction im engsten Sinn, sondern die mit einem Tribunal verbundene Amtsgewalt der höhern Magistraturen verstanden werden muß (2).

II. Hiernach stand unsere Cognition im Römischen Reich folgenden Obrigkeiten zu.

A. In den Hauptstädten gebührte sie ursprünglich den ordentlichen Prätoren ohne Concurrenz der Tribunen, und auch der Präfect ist nur dann competent, wenn außer der Absetzung auch noch auf Strafe erkannt werden soll. Constantin verordnet jedoch, daß von den beiden Prätoren die Appellation an den Stadtpräfecten gehen soll (3).

B. In Italien steht die Cognition den Juridicis, spä-

(1) L. 1. pr. L. 4. de off. ejus cui mand. est. L. 1. §. 3. 4. h. t.

(2) L. 1. §. 11. ad S. C. Turpill. Suspecti tutoris accusatio *pro tribunali* tantum examinari potest, et *nullus alius* de hujusmodi quaestione, quam Praeses pronunciare potest. Daher erklärt sich, daß Ulpian in seinem Werke de omnibus tribunalibus von dieser Lehre handelte. (L. 4. 7. h. t.)

(3) L. 2. C. Th. de praed. min. i. e. L. 17. C. de app. (326) Si apud *utrumque Praetorem* dum quaestio ventilatur, — auxilium provocationis fuerit objectum — Praefecturae Urbis judicium sacrum appellator observet. Wenck versteht hier den Praetor tutelaris in Rom und den Constantinianus in Byzanz. Es könnten aber auch die beiden ursprünglichen Byzantinischen Prätoren (Lydus de magistr. II. 30. *δύο πραίτωρσιν ἀρκεσθῆναι συνεῖδε* vgl. Thl. I. S. 349. N. 51.) gemeint sein.

terhin den Correctoren, aber schon zur Zeit der Pandectenjuristen nicht mehr allgemein den Duumvirn zu (4).

C. In den Provinzen waren die Proconsuln, Präsides und Präfecten mit der Cognition beauftragt (5).

D. Da aber Alles, was jure Magistratus zusteht, auch mandirt werden kann, so folgt, daß auch unsere Cognition durch Stellvertreter ausgeübt werden kann, während die tutoris datio unübertragbar ist (6). Um des Nutzens der Pflegbefohlenen willen haben sogar Sever und Caracalla ein generelles Mandat der Jurisdiction wenigstens in Beziehung auf den legatus Proconsulis für hinreichend erklärt (7) und diese Entscheidung hat man wegen gleichen Grundes auch auf die Mandatare der Präsides und der Prätoren angewendet (8).

III. In Deutschland gehört die Untersuchung wegen Remotion an die ordentlichen Gerichte, welche sogar unter Benachrichtigung der Vormundschaftsbehörde von Amtswegen einschreiten können (9).

(4) v. Savigny's Gesch. des Röm. Rechts. Bd. I. S. 36. Note 46. Otto de aedil. colon. c. 3. §. 2.

(5) L. 4. de off. ejus.

(6) Thl. I. S. 362. Note 20. vgl. mit L. 2. C. de off. ejus qui vicem alicujus judicis vel praesidis obtinet.

(7) L. 4. de off. ejus cui mand. (Macer lib. 1. de off. Praes.) die Constitution ist an den Bradua, Proconsul von Africa, gerichtet.

(8) L. 1. §. 4. h. t.

(9) Lüb. V. O. §. 87. Nach dem Code civ. a. 446 ff. gehört die erste Untersuchung vor den Familienrath.

C. Vom Ankläger.

§. 195.

Soviel hiernächst den Kläger in unserer Klage betrifft, so muß dabei folgendermaßen unterschieden werden.

I. Wenn der Pflegbefohlene persönlich die erforderliche Fähigkeit besitzt, um sie anstellen zu können, so steht sie ihm selber zu, und andere Personen sind nur in Folge seines Auftrags zur Anstellung der Klage in seinem Namen befugt (vgl. Thl. I. S. 408—410. II. S. 289.). Daher kann nach Römischem Recht ein Minderjähriger, wenn er suae mentis ist, selbst die accusatio suspecti gegen seinen Curator erheben; nur muß er vorher das Consilium seiner Cognaten, sofern diese ordentliche, in gutem Ruf stehende Personen sind, darüber einholen (1). Etwas Aehnliches gestattet das ältere deutsche Recht den Frauenzimmern (2).

II. Wenn dagegen der Pflegling selbst zu klagen unfähig ist, so ist die Klage ein publicum judicium (popularis actio oder accusatio, *δημόσια κατηγόρια*) (3). Zwar ist sie

(1) L. 6. C. h. t. et ipsi, cujus res administrantur, si non impubes sit, arbitrio cognatorum bonae opinionis constitutorum conceditur. L. 7. pr. eod. Impuberibus quidem non permittitur suspectos facere: adulescentibus plane volentibus suspectos facere curatores suos permittitur, dummodo (ex) consilio nesessariorum id faciant. §. 4. J. eod. puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: et ita Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

(2) Sächs. Landr. I. 41.

(3) L. 1. §. 6. i. e. §. 3. J. h. t. Et sciendum est, *quasi publicam* esse hanc *actionem*, hoc est, *omnibus* patere. Quasi publicum ist hier kein Kunstwort, denn Theophilus übersetzt *δημόσια κατηγόρια*, sondern quasi heißt quodam-

dieses nicht in Rücksicht des Klaggrundes, denn sie rührt zwar aus einer lex, aber keiner lex publicorum judiciorum, und zwar aus einer Rechtsverletzung, aber keinem crimen her, wovon eine wichtige practische Folge die ist, daß die Tergiversation nicht die Strafe des S. C. Turpillianum nach sich zieht (4). Allerdings aber ist sie eine publica actio in Rücksicht des Klägers. Sie steht nämlich eigentlich dem Volke (populus) zu. Da aber dieses nicht selbst klagen kann, so hat man bereits zur Zeit der Legis Actionen ausnahmsweise zugelassen, daß es sich, wenn pro tutela geklagt wird, durch Einzelne vertreten lassen kann (5).

A. Zu dieser Vertretung ist dann aber jeder **berechtigt**, der überhaupt in fremdem Namen klagen kann, so daß **Frauen** und **Pupillen**, selbst wenn sie tutore auctore klagen wollten (Thl. I. S. 32. 33.), in der Regel auch von dieser Procuratur ausgeschlossen sind (6). Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn diese Personen nicht als Vertreter des öffentlichen, sondern wegen irgend eines Privatinteresse's als Ankläger auftreten (cum ad eos pertinet), so daß namentlich auch Weiber zur Anklage zugelassen werden, wenn sie ihrer Cognation, Affinität, Pietät wegen bei derselben interessirt sind (7), wäh-

modo, in gewisser Beziehung, nämlich in Ansehung des Klägers.

(4) L. 1. de publ. jud. L. 1. §. 11. L. 15. §. 1. ad S. C. Turpill.

(5) Gaj. IV. 82. pr. J. de iis per quos agere possusmus. Klenze Familienrecht der Cognaten S. 48. Wüstemann zu Theoph. ad pr. J. h. t.

(6) L. 6. de pop. act. Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos pertinet. L. 1. 8. de accus. L. 12. C. de his, qui acc. n. poss.

(7) L. 1. §. 7. h. t. Cic. in Verr. I. 36. 37.

rend der Pupill freilich gegen seinen eigenen Tutor, obgleich er seines Vermögens wegen zu allermeist betheiligt ist, deswegen nicht klagen darf, weil er überhaupt gegen seinen Vormund nicht leicht zu einer Klage gelassen wird (8). Melden sich mehrere Ankläger, so entsteht eine divinatio, in welcher nach richterlichem Ermessen der Nähere z. B. der Cognat, Affinis u. s. w. vorgezogen wird (9). Auch werden Freigelassene gegen ihren eigenen Patron nicht leicht zur eigentlichen postulatio suspecti zugelassen (10).

Auch nach deutschem Recht sind die **Freunde** befugt, an der jährlichen Rechnungsablage Theil zu nehmen und wenn sich aus dieser eine schlechte Verwaltung ergiebt, auf Absetzung zu dringen (11).

B. Einige unter diesen Berechtigten sind aber sogar **verpflichtet**, von ihrem Recht zur Anklage Gebrauch zu machen (necessaria postulatio) (12). Zu diesen gehören diejenigen, welche in einem besondern Officium zu dem Pflegling stehen, namentlich:

1. Tutoren und Curatoren, welche noch im Amt sind. Zwar kann jeder, auch der abgesetzte Tutor, die Klage als einer aus dem Volke anstellen, sogar wenn er selbst als suspect

(8) L. 7. pr. h. t. L. 6. C. h. t. §. 4. J. h. t. Heutzutage ist er zu einer Anzeige berechtigt. Preuß. Landr. §. 930.

(9) L. 1. §. 7. L. 3. §. 1. h. t.

(10) L. 1. C. si tutor non gess. L. 3. §. 1. h. t. §. 2. J. h. t. L. 38. §. 9. ad L. Jul. de adult.

(11) Statuten bei Pufendorf adp. Tom. II. p. 41. III. 322. IV. 109. 235. 753. Preuß. Landr. §. 929. — Eigenthümlich ist die Bestimmung des Code civ. a. 446 —449.

(12) L. 1. C. si tutor non gess.

removirt ist (13). Aber nur der noch angestellte Vormund, sei er übrigens honorarius, oder notitiae causa datus, oder gerens und im letzten Fall für das Ganze oder eine Region bestellt, macht sich eines Dolus oder einer Culpa schuldig, wenn er den Contutor oder Concurator nicht erforderlichen Falls als suspect postulirt und kann deshalb in der actio tutelae u. s. w. zur Entschädigung condemnirt werden (14).

2. Freigelassene. Sie würden ihr Obsequium verletzen, wenn sie die Tutoren ihres Freilassers oder der Kinder desselben nicht suspect removirten, vorausgesetzt, daß diese Tutoren nicht ebenfalls ihre Patrone sind (15).

3. Cognaten, Affinen, Sodalen und Freunde des Pupillen oder des Vaters desselben würden ebenfalls inofficios handeln, wenn sie wissentlich das Vermögen des Pupillen in den Händen eines gewissenlosen Vormundes lassen wollten (16).

Uebrigens haben Alle, welche aus Pietät, nicht animo negotia gerendi, die Klage anstellen, keine actio negotiorum gestorum contraria gegen den Pflegling (17).

III. Endlich hat man in unserer Klage aus besonderer Begünstigung der Pupillen gegen die Grundprincipien des Rö-

(13) L. 3. pr. h. t. Rescripte von Sever und Pius.

(14) L. 3. §. 2. L. 7. §. 13. 14. L. 9. §. 8. L. 14. 19. L. 39. §. 16. L. 41. L. 45. §. 6. de adm. L. 1. C. si tutor non gess. L. 2. C. de div. tut. L. 1. C. de peric. L. 8. C. h. t. Nur wenn er sich durch den Beweis des Casus reinigen kann, z. B. wenn er verbannt war, muß er absolvirt werden. L. 29. §. 1. de excus. — Preuß. Landr. §. 926. 927.

(15) L. 3. §. 1. h. t.

(16) L. 6. C. h. t. Doch treten die Strafen unterlassener Erbittung hier nicht ein. Thl. I. S. 424. — Preuß. Landr. §. 927.

(17) L. 44. de neg. gest. (Rescript von Sever.)

mischen Prozesses (18) überhaupt neben dem Accusationsprozeß auch den Inquisitionsprozeß anerkannt. Der Prätor kann nämlich auch ohne Ankläger, z. B. auf die Denunciation eines Sclaven, der doch nicht Ankläger sein kann, den Tutor, wenn der Dolus desselben offenbar ist, removiren, ohne daß Letzterer gegen die Person des Denuncianten eine Präscription vorbringen könnte (19). Diese letztere Prozeßform ist auch in die deutschen Reichs- und Landesgesetze übergegangen (20).

D. Vom Beklagten.

§. 196.

Ueber den Beklagten finden sich folgende Bestimmungen;

I. Zunächst muß er ein Vormund sein, welcher Administrationsrecht hat. Ein bloßer Geschlechtstutor kann daher nach Römischem Recht nicht angeklagt werden (1). Dagegen sind Pupillentutoren aller Art, sowohl gesetzliche (2) als testamentarische (3) und obrigkeitliche (4), ferner Curatoren aller Arten (5), endlich Protutoren (6) der Cognition unterworfen.

(18) Cic. pro Rosc. Am. c. 20. Nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest.

(19) L. 3. §. 4. 12. L. 12. h. t.

(20) R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3. Oesterr. G. B. §. 253. Preuß. Landr. §. 924. 928. Würtemb. L. O. Tit. 42. §. 5. Lüb. V. O. §. 87.

(1) Arg. Gaji I. 182. Ulp. XI. 23. Anders nach deutschem Recht. Sächs. Landr. 1. 41.

(2) Ohne Grund behauptet man wegen L. 4. C. h. t. daß diese blos wegen Dolus angeklagt werden können, da die Stelle ein bloßes Rescript ist. Doch findet sich die unrichtige Ansicht im Preuß. Landr. §. 920. 921.

(3) L. 1. §. 5. h. t. §. 2. J. eod. Schrader im Civ. Magazin Bd. IV. S. 417.

(4) L. 19. in fin. de adm. L. 5. C. h. t. (Alexander).

(5) L. 3. §. 2. 3. h. t.

(6) L. 29. de test. tut. L. 18. §. 1. C. de lege Conn. de fals.

II. Dagegen kommt auf die wirkliche factische Administration nichts an, vielmehr können auch cessantes und contumaces suspect postulirt werden. Viele Juristen betrachten diese letztern zwar nur als quasi-suspect und beschränken die directe Klage auf die gerentes (7), allein wenn auch zugegeben werden muß, daß die actio tutelae sich auf die angegebene Weise entwickelt hat, so paßt deren Analogie doch nicht hieher und an directen Beweisen für diese Meinung fehlt es gänzlich (8).

III. Allerdings aber muß die Administration zur Zeit der Anstellung unserer Klage noch fortdauern, weil nach Beendigung derselben schon actio tutelae eintritt und die Absetzung völlig überflüssig ist (9). Daher geht die Anklage nie gegen die Erben des Vormundes (10) und wird sofort niedergeschlagen, wenn während der Untersuchung die Tutel erlischt (11).

E. Von den Stellvertretern der Partheien.

§. 197.

Stellvertreter in diesem Prozeß können:

(7) d'Hauw. Diss. cit. c. 5. Voet. ad h. t. §. 1.

(8) Man führt zwar §. 5. J. h. t. und L. 4. §. 4. h. t. an, allein in ersterer Stelle ist quasi so viel wie ὡς, tanquam, ut: und die richtige Erklärung der letztern führt schon die Glosse an: Alii dicunt ob hoc solum, quod non gessit, non removetur, sed propter fraudem. sic.

(9) L. 1. C. h. t.

(10) L. 15. §. 3. ad S. C. Turp. §. 8. J. h. t.

(11) L. 3. §. 5. L. 11. h. t. §. 8. J. h. t. In letzterer Stelle verwandelt Cujac. ad L. 11. h. t. Opp. postum. Tom. I. p. 208. ohne Noth decesserit in: esse desierit, da Theophilus τελευτήσῃ hat.

I. Klägerischer Seits vor der Litiscontestation gar nicht vorkommen. Denn da der Kläger selbst nicht Dominus der Actio, sondern Procurator des Populus ist, so kann er dieselbe auch nicht mandiren (1). Erst nachdem er durch die Litiscontestation litis dominus geworden ist, kann er die Klage wie jede andere durch Translation auf einen Procurator oder Cognitor übertragen (2).

II. Auf der Seite des Beklagten tritt ein anderes Bedenken gegen Zulassung von Stellvertretern ein. Es ist nämlich die Klage eine famosa causa und es würde hart sein, den Vormund seiner Ehre verlustig zu erklären, ohne daß er sich selbst vertheidigt hätte. Zwar könnte man einwenden, der Verlust der Ehre werde eben durch Zulassung des Stellvertreters vermieden, denn nun könne dieser nicht infam werden, weil er nicht suo nomine condemnirt ist, der Dominus aber nicht, weil er überall nicht verurtheilt werden kann, indem die Condemnatio auf den Stellvertreter gerichtet wird (3). Dieser Einwand würde auch allerdings gegründet sein, wenn das judicium famosum ein ordinarium wäre (wie z. B. das tutelae judicium es ist), indem hier die Condemnatio allerdings nur auf den

(1) pr. J. de iis, per quos agere.

(2) L. 5. de pop. act. Qui populari actione convenitur, ad defendendum procuratorem dare potest, is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest. L. 43. §. 2. L. 42. pr. eod. Fragm. Vat. §. 340. init. (Dem Sinn nach etwa so zu restituiren: Nam nec *popularis cognitorem* ejus, qui quasi unus ex populo eam sibi dari postulavit, ante *litem contestatam admittit.*)

(3) Vat. Fr. §. 339. vgl. oben §. 175. L. 1. pr. L. 6. §. 2. L. 14. de his qui not. Gajus. IV. 86. 87. L. 1. C. de sent. et int.

Defensor lauten könnte (4). Nun aber ist es eine extraordinaria cognitio, in welcher gar keine Formel vorkommt, mithin selbst bei einer Prozeßführung durch Stellvertreter die Condemnation und deren Folgen allemal den Dominus unmittelbar treffen (5). Es tritt also jenes Bedenken allerdings ein und eben deswegen wird regelmäßig kein Verfahren gegen Stellvertreter gestattet (6).

Allein von dieser Regel finden Ausnahmen Statt (7).

A. Wenn nämlich der Vormund einem Procurator oder Cognitor speciell aufgetragen hat, ihn in dieser Cognition zu vertheidigen, so verzichtet er auf die persönliche Defension und die Zulassung des Stellvertreters ist unbedenklich.

B. Aber selbst ein bloßer Defensor des Vormundes

(4) Thalelaei, Theodori, Stephani aliorumque ICtorum Graecorum Comm. ad Tit. D. et C. de proc. ed. Dav. Ruhnkenius in Meerm. Thes. Tom. V. p. 23. *Ἐπὶ γὰρ τούτων οὔτε ὁ προκουράτωρ ἀτιμοῦται, μὴ ἐναχθεὶς* suo nomine, *οὔτε ὁ πρωτότυπος, ἐπειδὴ οὐ γέγονεν εἰς αὐτὸν καταδίκη. Οὔτε γὰρ ὁ δικαστὴς ἀποφαίνεται ἐκ τῶν παρ᾽ ἐμοὶ κεκινημένων εὑρίσκων τόνδε, τουτέστιν τὸν πρωτότυπον κλοπὴν ἡμαρτηκότα ἢ δόλον περὶ τὸ δεπόσιτον πεποιηκότα. Διὰ τοι τοῦτο συνορᾷ τὸν δεφένσορα αὐτῷ δοῦναι τόσους χρύσους.*

(5) Stephanus l. c. *Ἐνταῦθα δὲ οὐκ ἀγωγὴ κινουμένη, ἀλλ᾽ ἐξτραόρδινεμ γυμνάζεται τὸ τῆς ὑποψίας ἔγκλημα, καὶ ἡ καταδίκη εἰς τὸν πρωτότυπον ἀναφέρεται καὶ εἰκότως ἀτιμοῦται.* L. 6. Ubi pup.

(6) L. 39. §. 7. de proc. Vat. Fr. §. 340. Sed non facile per procuratorem quis suspectus accusabitur, quoniam famae (Vat. Fr. famosa) causa est. Nisi constat, ei a tutore mandatum nominatim, aut si etiam absente tutore, quasi non defenderetur, Praetor erat cogniturus. Accusabitur heißt hier accusationem excipiet und vielleicht brauchten die Vat. Fr. §. 340. init. einen ähnlichen Ausdruck.

(7) L. 39. §. 7. cit. in fin. s. die vorige Note.

wird zugelassen, wenn derselbe auch allenfalls ohne alle Vertreter in contumaciam hätte verurtheilt werden können. In einem solchen Fall werden deshalb zugleich mit der Edictalladung des Vormundes alle die, von welchen es wahrscheinlich ist, daß sie ihn defendiren wollen, namentlich die Cognaten und Affinen des Tutors zu seiner Vertheidigung aufgefordert (8).

Zwischen beiden Arten von Stellvertretern ist aber in Rücksicht der Cautionen ein wichtiger Unterschied.

Ist nämlich der Vertheidiger des Tutors Cognitor oder praesentis procurator, so hat er keinerlei Caution zu leisten, nicht ratam rem haberi, weil er rem in judicium deducirt, nicht judicatum solvi, weil diese nach allgemeinen Regeln vom Dominus selbst für den Cognitor geleistet wird.

(8) L. 6. Ubi pup. Tryphon. lib. 14. Disp. Si absens sit tutor, et alimenta pupillus desideret, siquidem negligentia et nimia cessatio in administratione tutori objiciatur, quae etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam ejus deserta derelictaque sunt pupilli negotia, evocatis *adfinibus atque amicis tutoris*, Praetor, edicto proposito, causa cognita, etiam absente tutore, vel removendum eum, *qui dignus tali nota videbitur*, decernet, vel adjungendum curatorem: et ita, qui datus erit, expediet alimenta pupillo. Klenze (Cognaten und Affinen S. 76. in der Note) hält zwar das Wort tutoris für unächt und erklärt die Cognaten und Affinen von dem Familienrath des Pupillen (Thl. II. S. 250.). Allein das Wort tutoris hat nicht nur die Auctoritäten der Basiliken und der Florentina für sich, sondern die Stelle läßt auch so eine völlig befriedigende Erklärung zu, denn sie enthält eine einzelne Anwendung des besondern Rechts der Cognaten zur Defensio eines verklagten Verwandten, zu welcher sie immer zuerst evocirt wurden, wie Klenze selbst (S. 50. N. 3.) aus L. 5. §. 1. Quib. ex c. in poss. eatur richtig bemerkt hat.

Ist er dagegen Defensor, so muß er beide Cautionen selbst leisten (9). Dies hat in Beziehung auf die cautio judicatum solvi nichts Auffallendes, da kein Defensor ohne dieselbe als idoneus betrachtet wird. Dagegen befremdet es auf den ersten Blick, daß die cautio de rato hier vom Defensor des Beklagten gefordert wird. Allein der Grund ist dieser. Der Defensor hatte nicht das Recht, die vormundschaftlichen Befugnisse des Tutors in's Judicium zu deduciren, sind demnach diese aberkannt, so wirkt das Urtheil zwar gegen den Defensor, nicht aber gegen den Dominus, den Vormund selbst. Dieser kann also demungeachtet auftreten und mit der Administration fortfahren wollen, ohne die exceptio: Si non inter pupillum et defensorum tuum res judicata est befürchten zu dürfen. Um demnach den Kläger sicher zu stellen, muß der Defensor de rato caviren, wodurch dann der Tutor indirect genöthigt wird, sich bei dessen Prozeßführung zu beruhigen.

F. Gründe der Remotion.

§. 198.

Ueber die Gründe der Remotion enthält das Römische Recht folgende nähere Bestimmungen:

I. Der allgemeine Grund der Anklage ist Verdächtigkeit des Vormundes. Der Begriff des suspectus tutor

(9) L. 39. §. 7. de proc. Vat. Fr. §. 340. Si suspectus tutor postulatur, defensorem ejus oportere etiam de rato cavere, ne reversus ille velit retractare, quod actum est. L. 6. Ratam rem hab.

ist jedoch ein ganz anderer als der des suspectus heres. Suspectus heres ist nämlich der Erbe, dessen Solvenz zweifelhaft ist, wobei er übrigens ein vollkommen rechtlicher Mann sein kann. Wird ein solcher von den Gläubigern als suspect postulirt und in der darauf eröffneten Cognition als solcher befunden, so kann er wenigstens durch cautio judicatum solvi, oder doch, wenn ihm außer seiner Armuth nichts zur Last fällt, durch ein Versprechen, nicht alieniren zu wollen, sich im Besitz der Erbschaft erhalten und die Immission der Creditoren abwenden (1). Gerade umgekehrt ist der Vormund nur insofern suspect, als er sein Officium, seine Fides und die dem Pflegling schuldige Sorgfalt in der Verwaltung der Vermögens hintenansetzt oder hintenansetzen zu wollen den Anschein giebt (2). Hingegen seine Vermögensumstände sind in dieser Beziehung im Ganzen so gleichgültig, daß er auf der einen Seite ganz arm sein kann und dennoch, wenn er dabei nur ein rechtlicher und gewissenhafter Mann ist, niemals als suspect postulirt wird (3), andererseits aber in den besten Ver-

(1) Gajus IV. §. 102. in fin. L. 31. §. 1. de reb. auct. jud. Ulp. lib. 2. de omn. trib. Sed suspectus heres non iisdem modis, quibus suspectus tutor aestimatur: si quidem tutorem non facultates, sed fraudulenta in rebus pupillaribus, seu callida conversatio suspectum commendet (condemnet? Bas. T. I. p. 542. κρίνεται ὁ επίτροπος) heredem vero solae facultates.

(2) §. 5. J. h. t. L. 19. de adm. L. 5. C. h. t. L. 3. §. 17. h. t. L. 31. §. 2. de reb. auct. jud. L. 3. §. 18. h. t.

(3) L. 8. h. t §. 13. J. eod. L. 5. C. h. t. In postulandis suspectis tutoribus seu curatoribus non vires patrimoniorum *principaliter*, sed an nihil segniter, nihil fraudulenter geratur, perpendi oportet. Nur muß er gehörige Bürgen gestellt haben. L. 2. C. de tutore qui satis n. d. Thl. II. S. 228. Note 76.

mögensumständen leben und dem Pupillen die annehmlichste Sicherheit für seine Verwaltung gestellt haben oder anbieten kann und dennoch, weil ihm jene sittlichen Eigenschaften fehlen, removirt werden muß (4).

II. Was nun den Grad der Schuld betrifft, der bei der Absetzung in Betracht kommt, so mögen immerhin die zwölf Tafeln nur von dolus oder fraus gesprochen haben (5). Allein in unsern Quellen wird daneben auch noch lata negligentia (quia ista prope fraudem accedit) (6) culpa (7) negligentia (8) segnities, ignavia, rusticitas, simplicitas, ineptia, inertia u. s. w. genannt, dergestalt, daß der Tutor in diesen Fällen nicht blos als quasi suspectus (wie die Neuern aus einem sonderbaren Mißverständniß angenommen haben) sondern als wirklich suspectus betrachtet wird (9). Gewöhnlich werden nun alle diese Ausdrücke allein auf lata cul-

(4) L. 5. h. t. „expedit enim pupillo rem suam salvam fore, quam tabulas *rem salvam fore* cautionis habere." L. 6. eod. „Quia satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat."

(5) L. 31. §. 1. de reb. auct. jud. Cic. de off. III. 15.

(6) L. 7. §. 1. h. t. Ulp. Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.

(7) §. 6. J. h. t. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam, non aeque.

(8) L. 2. §. 41. ad S. C. Tertyll. . . . si suspecti fuerint remoti, vel ob negligentiam vel ignaviam repulsi. . . . L. 9. C. h. t. Suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob negligentiam remoti sunt, infames fieri manifestum est.

(9) s. §. 6. J. h. t. L. 3. §. 17. eod.

culpa bezogen, weil nur diese dem Dolus nahe kommen (prope fraudem accedit) und weil es scheint, es müsse zur Absetzung des Vormundes eine größere Schuld erforderlich sein, als zur Verurtheilung in der actio tutelae, wo diligentia quam suis rebus prästirt werden muß (10). Allein theils wird hier culpa überhaupt als Grund der Absetzung genannt, worunter doch gewöhnlich diejenige gemeint wird, welche unter Dolus noch nicht mit begriffen ist, theils aber kommt es ja hier überhaupt nur auf Constatirung der Untüchtigkeit des Vormundes zur fernern Administration wegen schlechter persönlicher Eigenschaften an, und dieser kann durch einen fortwährenden Mangel der diligentia eines guten Hausvaters gewiß vollkommen geführt werden (11).

III. Der Regel nach kann der Vormund aus Handlungen, die er vor dem Anfang dieser Vormundschaft begangen hat, niemals als suspect angeklagt werden, vielmehr müssen die aus diesen Handlungen hervorgehenden Klagen gegen ihn gebraucht werden, und diese werden auch vollkommen ausreichen. Anwendungen dieses Grundsatzes sind folgende: Wenn der Tutor das Vermögen des Pupillen occupirt hatte, bevor er dessen Tutel übernahm, so kann er expilatae hereditatis oder furti belangt werden: ersteres, wenn der Pupill die Erbschaft noch nicht angetreten und in Besitz genommen, letzteres, wenn er bereits den Besitz ergriffen hatte. Aber abgesetzt werden kann er deshalb noch nicht „quia delictum

(10) Struben R. B. I. 85. Overbeck Meditationen 3, 165. 166.

(11) Vollenhove Cap. VI. §. 3—6.

tutelam praecessit" (12). Eben dasselbe gilt, wenn sich der Vormund während einer frühern Vormundschaft über diesen Pflegbefohlenen (in tutela) etwas hat zu Schulden kommen lassen. Hier kann er allerdings tutelae oder negotiorum gestorum belangt werden, aber von seiner jetzigen Vormundschaft entfernt werden kann er deshalb noch nicht. Dieses ist nun unter andern 1) der Fall, wenn er früher Tutor des Pupillen war und nach Beendigung der Tutel demselben zum Curator bestellt worden ist (13). Ferner 2) wenn er zweimal Tutor desselben wurde (14), vorausgesetzt, daß nicht

(12) L. 3. §. 5. h. t... Quodsi admisit, ante tamen (admisit,) quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli, vel in tutela (sc. alia et priore cf. L. 3. §. 7. 8. h. t.), non potest suspectus tutor postulari, quia delictum tutelam praecessit; proinde si *pupilli substantiam expilavit* sed antequam *tutor* esset, accusari debet *expilatae hereditatis*, si minus, *furti*. Für sed antequam *tutor* esset schlägt Anton. Faber Jurispr. Pap. Scient. Tit. XXV. p. 1162. sed antequam *heres* esset vor, und allerdings gehört tutor nicht hieher, sondern ist wahrscheinlich durch Verwechslung der Abschreiber mit dem frühern ante tamen quam tutor esset, aufgenommen worden. Allein auch die Emendation heres ist nicht ohne Bedenken. Denn auch nachdem der Pupill heres geworden ist, und dies ist er gewöhnlich schon ipso jure, findet ja noch immer possessio und usucapio pro possessore Statt. Erst nachdem er Besitz ergriffen hat, ist sie definitiv ausgeschlossen, denn sie geht nur auf res hereditariae, die possessio aber ist keine res hereditaria, sondern eine res propria pupilli heredis Gajus II. 52. 58. L. 1. §. 15. Si is qui testamento liber (47. 4.) Man könnte also eher possessor als heres erwarten. Dennoch halte ich Faber's Emendation für richtig, weil Ulpian hier bei einer blos beiläufigen Anführung ungenau reden durfte. vgl. L. 2. §. 1. Expil. hered.

(13) L. 3. §. 6. h. t.

(14) L. 3. §. 7. Idem erit quaerendum, si proponas aliquem desisse esse tutorem, et rursum coepisse (utputa usque ad tempus, vel ad conditionem erat da-

etwa juristisch nur eine Tutel vorhanden ist, welche eine zeitlang unterbrochen war, so daß blos factisch zwei Tutelen entstehen, wie z. B. in dem Fall, wenn es im Testament heißt, *quoad* in Italia erit tutor esto, oder quoad trans mare non ibit (15), sondern daß wirklich die erste Tutel völlig aufgehört und eine zweite begonnen hatte, welche juristisch eine ganz neue genannt werden muß, wie z. B. wenn ein Tutor ad conditionem oder ad diem bestellt, oder verreist war, und ex Senatusconsulto anstatt seiner ein Anderer gegeben, späterhin aber der abgegangene durch eine conditio superveniens im Testamente oder durch die Obrigkeit von Neuem zur Tutel berufen worden ist (16). Endlich 3) wenn der Vormund früher Curator (ventris und bonorum) war und nach Beendigung dieses Officii zum Tutor bestellt wird (17), denn hier kann er aus der frühern Administration negotiorum gestorum belangt werden, mithin fällt die suspecti postulatio weg. — Indeß ist unsere Regel: daß wegen eines vor dieser Tutel begangenen Delicts keine suspecti postulatio Statt finde, doch nur unter einer Einschränkung wahr, die nunmehr noch hervorzuheben ist. Wenn nämlich kein Contutor vorhanden ist, welcher die dem Pflegling aus jenem Versehen zustehende actio tutelae und negotiorum gestorum gegen den jetzigen, zum zweiten Male angestellten Vormund erheben

tus, deinde iterum, vel superveniente conditione testamentaria, vel etiam a Praetore postea datus est, an suspectus postulari possit? Et quia duae tutelae sunt, . . . aequissimum erit dicere, cessare crimen suspecti.

(15) L. 3. §. 9. h. t.

(16) L. 3. §. 7. 10. h. t.

(17) L. 3. §. 11. h. t.

könnte, dann ist allerdings ein dringender Grund der suspecti postulatio vorhanden, weil diese das einzige Mittel ist, welches dem Pflegling hier helfen kann (18).

IV. Die einzelnen Remotionsgründe sind dem Ermessen des Richters überlassen (19). Doch werden nachstehende, nämlich: Redemtion der Tutel durch Bestechung der Unterbeamten des Prätors (20) oder sonstiges Zudrängen zu derselben (21), Cessation und Contumacia in der Verwaltung (Thl. II. S. 249.), verweigerte Cautionsleistung (Thl. II. S. 228.), unterlassene Inventur (Thl. II. S. 247.), verweigerte Alimentation des Pfleglings (Thl. II. S. 257.) (22), Veräußerung der Pupillengüter ohne Decret (23), versäumte Deposition des baaren Geldes oder unterlassener Ankauf von Grundstücken (Thl. II. S. 363.) (24), unvorsichtige Ausschlagung einer vortheilhaf-

(18) L. 3. §. h. t. Si autem ipse tutor est solus, numquid, quia tutelae cessat, removendus sit ab hoc administratione, *quasi in hoc suspectus ex eo quod in alia male versatus sit?* (Diese Worte sind vielfach angefochten worden. Bei Holoander fehlt in hoc, was doch des Gegensatzes wegen nothwendig ist; die Flor. hat in aliam, wie oft; endlich Gratama Praelect. p. 388. will die ganze Stelle so verändert wissen: numquid — removendus sit — quasi suspectus? *et est*, quod in alia male versatus sit. Allein diese Emendation ist weder nöthig noch durch Autoritäten unterstützt.) Ergo et in eo, qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest.

(19) L. 19. de adm. L. 3. §. 5. 12. h. t. Preuß. Landr. §. 922 — 925.

(20) L. 3. §. 15. h. t. §. 10. J. h. t. L. 1. §. 7. de off. P. U.

(21) Paull. III. 13. 3. i. e. L. 18. §. 1. de lege Corn. de fals.

(22) L. 3. §. 15. h. t., woselbst non durch non solum zu erklären ist. vgl. §. 9. J. h. t. L. 6. Ubi pup.

(23) L. 3. §. 13. h. t. (Sever. et Anton.)

(24) L. 3. §. 16. h.

ten Erbschaft (Thl. II. S. 370.), verweigerte oder verzögerte Defension des Pfleglings (Thl. II. S. 460. 461.) in den Quellen als Beispiele speciell hervorgehoben.

G. Folgen des Urtheils.

§. 199.

I. Wird nun der Beklagte frei gesprochen, so wird ihm die suspendirt gewesene Administration wieder eingeräumt, und es bleibt ihm überlassen, gegen den Kläger injuriarum, aber wohl nicht calumniae zu klagen, vorausgesetzt, daß der Kläger in der Absicht, ihn zu injuriiren, nicht aus Pietät gegen den Pupillen, den Prozeß anfing (1).

II. Wird dagegen der Beklagte schuldig befunden, so können folgende Wirkungen des Urtheils eintreten:

A. Remotion des Vormundes von der Vormundschaft. In dieser Beziehung muß jedoch die Ausübung oder Administration, von dem eigentlichen Recht der Vormundschaft selbst (Thl. I. S. 9.) noch unterschieden werden. Die Administration hört schon mit dem förmlichen Anfangspunct der Cognition auf und geht auf den zugleich bestellten Interimscurator über (2). Wenn also ein Debitor wissentlich dem suspect postulirten eine Schuld bezahlt, so wird er nicht liberirt. Wird nun die Remotion im Urtheil bestätigt, so wird dadurch der bisherige provisorische

(1) L. 15. §. 27. de injuriis. L. 3. C. de calumn. Preuß. Landr. §. 939. 940.

(2) L. 7. C. h. t. Preuß. Landr. §. 932. Lüb. W. O. §. 88.

Zustand peremtorisch, die Zahlung ist also nunmehr unbedingt null, einerlei, ob der Debitor die Remotion wußte oder nicht (3). Ganz anders verhält es sich mit der Beendigung des *jus* tutelae und curationis. Dieses hört auch selbst durch das bestätigende Endurtheil noch nicht auf (4), und davon ist eine wichtige Folge die, daß wenn ein testamentarischer oder gesetzlicher Tutor removirt worden ist, der legitimus oder der folgende Grad nicht aufrücken kann (Thl. I. S. 191. 196. 197.). Vielmehr wird das jus tutelae und curationis nach ausdrücklicher Bestimmung eines Senatusconsults erst durch Anstellung eines andern obrigkeitlichen Vormundes beendigt (5) und selbst durch diese nur dann, wenn der neue Vormund anstatt (in locum) der removirten gegeben, nicht wenn er aber diesem blos als Gehülfe beigeordnet ist (Thl. I. S. 405.).

B. Infamie. Sie tritt jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen ein:

1. Es muß ein gehöriger Grund, ein mit ihr im Verhältniß stehendes Vergehen des Vormundes vorhanden sein. Dahin gehört nun nach den entscheidensten Zeugnissen der

(3) L. 14. §. 1. 2. de solut.

(4) L. 3. §. 8. de leg. tut. (Ulp. 38. ad Sab.) L. 11. §. 1. 2. de testam. tut. Ulp. 37. ad Sab. Dem kann auch die L. 14. §. 4. de tutelis (Praeterea si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor) unmöglich entgegenstehen, da sie nicht nur von demselben Verfasser, sondern sogar aus demselben Buch herrührt. (Ulp. 37. ad Sab.) Sie geht also entweder auf die Administration oder denkt Anstellung eines neuen Vormundes hinzu. Dasselbe gilt von L. 14. §. 2. de solut. (Ulp. 30. ad Sab.)

(5) Gajus 1. 182. Praeterea Senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit — in *locum ejus* alius tutor detur, quo dato prior tutor amittit tutelam.

Quellen Dolus des Tutors (6), während auf der andern Seite ebenso gewiß ist, daß culpa, negligentia, rusticitas, inertia, ineptia, simplicitas, die existimatio nicht afficirt (7). Nur darüber kann also Zweifel sein, ob lata culpa in diesem Gegensatz unter Dolus, oder unter Culpa mitbegriffen ist. In der That sind die Meinungen unserer Juristen über diesen Punct von jeher getheilt gewesen. Da jedoch die lata culpa in der Regel, namentlich die concrete auch bei Delicten dem Dolus gleich geachtet wird (8), da sie auch bei dem tutelae judicium infamirt, und da endlich ausdrücklich von einer *nota* als Folge der Remotion wegen negligentia und nimia cessatio die Rede ist (9), so dürfte die Meinung derer den Vorzug verdienen, welche auch bei lata culpa die Infamie als Folge des Decrets anerkennen. Zu diesen gehören z. B. Cujacius (10), Duarenus (11) und Vollenhove (12),

(6) Cic. de Off. III. 15. L. un. C. si contra matris vol. L. 9. C. h. t. Suspectus tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob negligentiam nemoti sunt, infames fieri manifestum est. §. 6. J. h. t. Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est, si ob culpam, non aeque. Daher tritt bei unterlassener Errichtung eines Inventars immer Infamie ein, weil hier dolus angenommen wird. L. 13. §. 1. C. arb. tut.

(7) L. 3. §. 18. h. t. Daher kann ein Vormund, der auf bloßen Verdacht hin nur nicht zugelassen wird, z. B. der qui sibi tutelam adscripsit, oder contra matris voluntatem datus est, nur salva existimatione entlassen werden.

(8) L. 1. §. 2. Si is qui testamento liber. L. 32. depos. Hasse's Culpa S. 258 ff.

(9) L. 6. Ubi. pup.

(10) Cujac. Comm. ad L. 213. de V. S. Obss. VII. c. 8.

(11) Duaren. Comm. ad tit. de susp. tut. §. 8. (Opp. p. 305.)

(12) Vollenhove Diss. cit. c. VIII.

während Donellus (13), Otto (14), und unter den Neuern Marezoll (15) der entgegengesetzten Ansicht zugethan sind.

2. Dieser Grund muß in dem Decret ausdrücklich angeführt sein. Ist dies unterblieben, so muß man behaupten, daß der Vormund nicht infamirt werde, weil der Grund der Remotion, von welchem doch allein jene Wirkung abhängt, ihm nicht nachgewiesen werden kann (16).

3. Es muß wegen dieses Grundes wirklich auf Remotion, nicht blos auf Beiordnung eines Curators (17) erkannt sein.

4. Endlich bleiben Cognaten, Affinen und der Patron des Pfleglings, weil eine im Namen der propinqui oder Clienten erhobene Klage, die ihnen an die Ehre geht, eine Inofficiosität enthalten würde (18), von der Infamie verschont (19). Es geschieht dies dadurch, daß sie entweder gar nicht abgesetzt werden, sondern ihnen blos ein Curator beigeordnet wird, oder aber dadurch, daß der Grund der Absetzung absichtlich im Urtheil unerwähnt gelassen wird (20).

(13) Donell. Comm. jur. civ. lib. III. c. 16. §. 27.

(14) Otto Comm. ad §. 6. J. h. t.

(15) Marezoll über bürgerliche Ehre S. 153 ff. Vgl. auch Grimmeisen D. de tutore ob culpam latam remoto haud infami ad §. 6. J. de susp. tut. Marb. 1753. 4. s. auch Lüb. V. O. §. 87.

(16) L. 4. §. 1. 2. h. t.

(17) L. 3. §. 18. in fin. de susp. tut.

(18) L. 2. C. Qui et adv. quos. L. 38. §. 9. ad L. Jul. de adult. L. 1. C. si tutor n. g.

(19) Klenze Familienrecht der Cognaten S. 49.

(20) L. 1. 9. §. 5. h. t. Quid si patronus? adhuc idem erit dicendum, modo ut meminerimus, patrono parcendum. Deutlicher heißt es in dem Just. §. 2. h. t. dummodo meminerimus, famae patroni parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit.

Gegen die Infamie findet übrigens wenigstens in einem Fall nicht einmal kaiserliche Restitution Statt (21).

C. In gewissen Fällen können auch noch peinliche Strafen hinzutreten, welche in den Provinzen zwar der Präses selbst, der die Untersuchung geführt hat, vollziehen darf (22), in Rom dagegen und in Italien nur der Präfectus Urbi zu verhängen Macht hat, an welchen daher der Verbrecher nach geschlossener Untersuchung ausgeliefert wird (23). Die einzelnen Fälle sind folgende:

1. Wenn ein Freigelassener die Tutel über die Söhne, Töchter oder Enkel seines Patrons, welche in den Patronat succediren, schlecht administrirt und sich dabei eines offenbaren Dolus schuldig macht, z. B. Gelder weder deponiren noch pupillenmäßig anlegen will, so kann er auch peinlich bestraft werden, weil er zwei Officia zugleich, nämlich das officium tutoris und das obsequium liberti verletzt hat. Dagegen kann, wenigstens nach älterm Recht, d. h. noch nach den Severen eine Restitution gegen die Freilassung aus diesem Grunde nicht verlangt werden, obgleich die spätere ingrati actio auch auf diesen Fall anwendbar sein dürfte (24).

(Theoph. εἰ καὶ ὡς σουσπέκτος ἀποκινηθῇ) d. h. selbst wenn ihm kein Curator adjungirt werden soll, so muß man ihm doch salva existimatione d. h. ohne Angabe, daß es wegen dolus oder lata culpa geschehe, von der Tutel entfernen.

(21) L. 13. §. 1. C. arb. tut.

(22) Sueton. Galba c. 9. L. 10. C. de adm.

(23) §. 11. J. h. t.

(24) §. 11. J. L. 2. D. L. 1. C. h. t. L. 4. C. de adm. L. 10. C. de adm. (Imp. Alex. A. Rufinae P. P. 11. Cal. August. Agricola et Clementino Coss. 231. L. 3. in fin. C. si adv. lib. Impp. Valer. et Gallien. A. A. Marthonae et Sabinillae P. P. 8. Oct. Seculare et Donato Coss. 261.

2. Wenn der Vormund durch Geld und Bestechung die Tutel an sich brachte (25) oder während der Administration sich arge Vergehen zu Schulden kommen ließ, z. B. kein Inventar errichtete (26), bei der Inventur das Vermögen absichtlich geringer angab (27) oder das Geld nicht deponirte, austhat, oder in Grundstücken anlegte (28), oder zu Alimenten des Pupillen nichts hergeben wollte (29), oder auch die Grundstücke des Pfleglings (selbst mit Decret) offenbar unvortheilhaft veräußerte (30), so wird er extra ordinem gestraft. Die Strafe selbst richtet sich nach seinem Stande, so daß sie, wenn er Plebejer ist, in öffentlichem Gefängniß bestehen kann (31), doch tritt sie meistentheils nur ein, wenn er nicht im Stande ist, den Schaden, den er angerichtet hat, zu ersetzen.

3. Auf gleiche Weise wird derjenige z. B. der minister Praetoris gestraft, welcher Geld genommen hat, um dafür einem untüchtigen und treulosen Menschen die Vormundschaft zu verschaffen (32).

Auch nach deutschem Recht werden in solchen Fällen peinliche Strafen erkannt (33).

Beide letztere Stellen sind wörtlich übereinstimmend.

(25) L. 3. §. 16. h. t. (lect. vulg.) L. 13. §. 1. C. arb. tut.

(26) L. 3. §. 10. 15. J. h. t.

(27) L. 9. de tutelis.

(28) L. 4. C. de adm. L. 49. eod. L. 3. §. 16. h. t.

(29) §. 10. J. h. t. L. 3. §. 15. h. t.

(30) L. 9. de tutelis. L. 9. de reb. eor.

(31) §. 10. J. h. t. L. 1. §. 8. L. 3. §. 15. 16. h. t. L. 9. de tutelis. L. 9. de reb. eor. L. 49. de adm.

(32) L. 9. de tutelis.

(33) Preuß. Landr. §. 935 — 938.

H. Verfahren.

§. 200.

Die Grundzüge des Verfahrens in diesem Prozeß sind endlich folgende (1).

I. Seinem allgemeinen Charakter nach war es im Römischen Prozeß ursprünglich eine legis actio (2), späterhin eine extraordinaria cognitio (3). Im heutigen Recht bildet es oft eine blos vorläufige Untersuchung, welche den Umständen nach eine Criminal- oder Civilklage zur Folge hat.

II. Es kommt daher schon im Römischen Recht keine eigentliche Formel vor, denn die bisweilen erwähnten Präscriptionen sind frei vorgetragene Einreden, welche auch sonst bei Cognitionen gefunden werden. Auch fehlt eine wahre Litiscontestation. Als formeller Anfangspunct des Prozesses gilt vielmehr die cognitio suscepta oder recepta (4), wie in peinlichen und Cognitionsfällen überhaupt (5), mit welcher eine ausdrückliche oder stillschweigende Interdiction der Administration bis zu ausgemachter Sache verbunden ist (6).

III. Als Beweismittel werden gewöhnlich Indicien und Präsumtionen benutzt, die jedoch nothdürftig bescheinigt sein müssen, um eine Untersuchung zu eröffnen (7).

(1) vgl. bes. Preuß. A. G. O. I. 39.

(2) pr. J. de iis per quos agere.

(3) L. 1. §. 11. ad S. C. Turpill. Inscr. L. 6. 7. h. t. Stephanus ad tit. de proc. oben §. 197.

(4) L. 11. h. t. §. 8. J. eod.

(5) L. 10. de publ. jud. L. 19. pr. de jurisd. L. 6. de H. P. Otto Comm. ad §. 7. J. h. t.

(6) L. 7. C. h. t. L. 7. J. h. t. L. 14. §. 1. solut. Preuß. Landr. §. 931. 932. Lüb. V. O. §. 88.

(7) L. 18. §. 1. de lege Corn. de falsis. Paull. III. 13. 3. C. V. 47. Preuß. Landr. §. 930. Mendelssohns Ritualgesetze. der Juden. II. 1. §. 13.

IV. Das Urtheil lautet nicht auf Geld, sondern auf suspectum videri oder non videri, removendum esse, gerere prohiberi, abire tutela jubendum u. s. w. (8) und muß (der Infamie wegen) Entscheidungsgründe enthalten (§. 199.)

V. Gegen das Urtheil ist das Rechtsmittel der Appellation möglich und zwar konnte der Ankläger, da er als defensor pupilli betrachtet wurde, nach altem Recht intra triduum appelliren (9). Die neuern Gesetze lassen gewöhnlich Beschwerdeführung ohne Suspensiveffect zu (10).

VI. Ein Contumacialverfahren wird nur sehr selten und nach sorgfältiger Erwägung der Umstände eröffnet (11). Ist nämlich die Abwesenheit eine entschuldbare, so wird der Tutor gar nicht angeklagt, sondern die dringenden Geschäfte durch einen Interimscurator besorgt. Im entgegengesetzten Fall wird der Vormund drei Mal edictaliter citirt, die Sache untersucht und er, wenn er schuldig befunden wird, abgesetzt, wenn er unschuldig ist, aber blos ein Interimscurator zugeordnet (12).

Auch das deutsche Recht kennt schon früh ein Contumacialverfahren, welches darin besteht, daß dem Vormund, welcher zum dritten Male nicht vor Gericht erscheint, seine Vormundschaft aberkannt, oder nach dem ältern Ausdruck, daß er gebalemündet wird (13).

(8) L. 4. §. 3. h. t.

(9) L. 20. pr. de app. L. 1. §. 14. quando app.

(10) Lüb. V. O. §. 115.

(11) L. 7. §. 3. h. t.

(12) L. 6. Ubi pup. L. 7. §. 2. 3. h. t. §. 9. 10. J. h. t. L. 2. §. 41. ad S. C. Tert. L. 5. pr. de poenis. vgl. Thl. II. S. 257.

(13) Sächs. Landr. 1. 41. Grimm. deutsche Rechtsalterth. S. 644.

Sechster Abschnitt.

Ende der Vormundschaft.

Quellen:

J. I. 22. Quibus modis tutela finitur.

C. V. 60. Quando tutores vel curatores esse desinant.

Bearbeitung:

A. v. Buchholtz Juristische Abhandlungen. N. 20. S. 266—268.

I. Regelmäßige Erlöschungsgründe.

A. Der Tutel.

1. Der Geschlechtstutel.

§. 201.

Die regelmäßige Auflösung einer Vormundschaft erfolgt durch Aufhören ihrer Veranlassung.

Wenden wir indeß diesen Satz auf die einzelnen Vormundschaften an, so kann zunächst bei der Geschlechtstu-

tel eine Auflösung aus diesem Grunde gar nicht vorkommen, so daß dieselbe ordentlicher Weise bis zum Tode des Individuums fortdauert.

Allein die lex Julia Papia Poppaea hat diesen Satz geändert, indem sie Frauen, welche das jus liberorum haben, von der Geschlechtstutel befreit hat (Thl. I. S. 56—60.).

Die Bedingungen dieses jus liberorum, wie sie im Römischen Recht, theils für diese besondere Anwendung desselben ausdrücklich aufgestellt werden, theils aus andern Anwendungen des allgemeinen Begriffs, z. B. dem Tertullianischen Erbrecht und dem Uebergang der Latinen zum jus Quiritium gefolgert werden dürfen, sind folgende:

Zunächst wird vorausgesetzt, daß eine freigeborene Frau drei Mal (ter enixa, τρὶς τεκοῦσα, τρίπαις) eine Freigelassene vier Mal geboren habe (1). Eine Drillingsgeburt kann nur dann für eine dreimalige gelten, wenn sie nach Zwischenräumen erfolgt (2).

Alsdann müssen die Kinder gelebt haben: denn todtgeborene gelten nicht mit; dagegen thut der Tod nach der Geburt dem jus liberorum keinen Abbruch, indem auch diejenige Mutter, welche Kinder hatte, das jus liberorum genießen soll (3).

Ferner müssen die Kinder die gehörige Reife und Lebensfähigkeit haben, folglich zu rechter Zeit geboren sein; eine un-

(1) Paull. IV. 9. 8. Gajus III. 44. Ulp. XXIX. 3.

(2) Paull. IV. 9. 2. cf. Paull. lib. 2. ad L. Jul. et P. P. L. 137. de V. S.

(3) Paull. IV. 8. 1. 9. L. 129.

zeitige Leibesfrucht hilft zum jus liberorum nicht (4). Wann aber diese rechte Zeit sei, darüber haben sich unter den Griechischen Naturphilosophen und Aerzten sowohl, als unter den Römischen Juristen, Aerzten und Philosophen erst sehr allmälig feste Grundsätze gebildet (5). Daß namentlich ein im siebenten Monat geborenes Kind für reif zu achten sei, darüber waren bis auf Eutyphron den Cnidier fast alle Griechen einig (6), und diese Ansicht findet sich auch bei Ulpian und Paullus mit Berufung auf Hippocrates und das Pythagoreische Zahlensystem (7). Eine Geburt im achten Monat hielt Hippocrates (8), Epicharmus und fast alle Griechen außer Aristoteles (9) und Diocles für unzeitig, und wiewohl Varro, Caecilius und Plinius gegen diese alte Meinung Beispiele des Gegentheils anführen (10), so scheint sie doch im

(4) Paull. IV. 9. 6. L. 2. C. de lib. et post.

(5) Plin. H. N. VII. 5. Gell. N. A. III. 10. 16. Censorin. de die nat. c. 4. 11. Macrob. Somn. Scip. I. 5. 6. Galenus de dieb. decret. III. 8.

(6) Hippocr. περὶ σαρκῶν in fin. und lib. de septimenstr. partu. Aristot. Hist. animal. VII. c. 4. Plutarch. de plac. philos. V. 18. cf. Censorin. de die nat. c. 4. Alex. Aphrodis. Problem. II. 47. Ambros. epist. VI. 39.

(7) Ulp. L. 3. §. ult. de suis. Paull. L. 12. de statu hom. und R. S. IV. 9. § 5. Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur. Ueber die Pythagoreische Unterscheidung zwischen partus major et minor s. Censorin. de die nat. c. 4.

(8) Hippocr. de octim. partu. Gell. N. A. III. 16.

(9) Aristot. Hist. an. VII. 4. de gen. anim. IV. 4. Problem. 40. sict. 10.

(10) Caecil. et Varro rer. div. lib. XIV. ap. Gell. N. A. III. 16. Plin. H. N. VII. 5.

Recht die herrschende geblieben zu sein (11). Daß eine Geburt im **neunten** und **zehnten** Monat rechtzeitig sei, scheint alte Römische Ansicht gewesen zu sein, obwohl Epigenes und Hippocrates anderer Meinung waren. Dafür sprechen nämlich nicht nur die Römischen Namen der Parzen Nona und Decima, welche Varro damit in Verbindung bringen will, sondern auch Stellen in den zwölf Tafeln, bei Ulpian und Paullus, welche einstimmig annehmen, daß wenigstens ein im zehnten Monat geborenes Kind lebensfähig sei, für welche Ansicht sich letzterer wiederum auf Pythagoras beruft (12). Ja selbst von der rechtlichen Anerkennung eines im **eilften**, **zwölften**, selbst **dreizehnten** Monat geborenen Kindes führen Gellius (13), Charisius (14) und Plinius Beispiele an, die sich nur nicht gerade auf das jus liberorum beziehen.

End-

(11) Paull. IV. 9. §. 5. Gell. N. A. III. 16. Menimi ego Romae accurate hoc et sollicite quaesitum, negotio non rei tunc parvae postulante, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus jus trium liberorum supplevisset; cum abortio quibusdam, non partus videretur mensis octavi tempestivitas.

(12) Gell. III. 16. Tertullian. de anima c. 37. Varro ap. Non. v. spissum L. 29. pr. de lib. et post. L. 4. de hered. inst. Paull. IV. 9. §. 5.

(13) Gell. N. A. III. 16. hoc quoque venisse usu Romae comperi. Feminam — in undecimo mense post mariti mortem peperisse, factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent, sed Divum Hadrianum causa cognita decrevisse, in undecimo quoque mense partum edi posse, idque ipsum ejus rei decretum nos legimus. In eo decreto Hadrianus id statuere se dicit requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis.

(14) Charisius Gramm. 1. p. 78. Putsch.

Endlich muß auch das Kind menschliche Gestalt haben, ein Monstrum oder Protentum wird einem gliedmäßigen Kinde nicht gleichgeachtet (16).

Gleiche Rechte wie eine ter enixa kann übrigens eine Frau auch schon durch Concession des jus liberorum bekommen, ohne daß sie Kinder hat oder auch nur gehabt hat. Ein solches Privilegium wurde ursprünglich vom populus, späterhin vom princeps verliehen (17). Doch sind diese Verleihungen immer nur an einzelne Personen, wovon die Geschichte der Livia und Octavia Beispiele liefern (18), nie aber in Masse gegeben worden. Denn die allgemeinen Concessionen des jus liberorum an alle Unterthanen des Reichs betreffen nur das jus liberorum communium und die leges decimariae, nicht die Tutel (Thl. I. S. 59.).

Die Wirkung des jus liberorum besteht übrigens darin, daß die Frau von jeder, selbst der agnatischen, patronatischen und quasipatronatischen Geschlechtstutel völlig befreit wird (19).

(15) Plin. H. N. VII. 5. Gell. III. 16. Massurius auctor est, L. Papinium praetorem, secundo herede lege agente, B. P. contra eum dedisse, cum mater se partum tredecim mensibus tulisse diceret, quoniam nullum certum tempus pariendi statum ei videretur.

(16) Paull. IV. 9. §. 3. i. e. L. 14. de statu hom. Die entgegenstehende Stelle Ulpian's L. 135. de V. S. bezog sich wahrscheinlich auf die leges decimariae. Jac. Gothofr. ad L. J. et P. P. c. 12. Heinecc. ad L. J. et P. P. 1. 17. Merill. Obss. 1. 33.

(17) Paull. IV. 9. §. 9.

(18) Dio Cass. XLIX. p. 414. *τῇ δὲ Ὀκταουΐᾳ τῇ τε Λιουΐᾳ καὶ εἰκόνας καὶ τὸ τὰ σφέτερα ἄνευ κυρίου τινὸς διοικεῖν — ἔδωκεν.*

(19) Gajus I. 194. Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum jure, *libertinae vero quatuor*, licet in legitima tutela sint: nam et ceterae, quae alterius generis tutores habent,

Sie kann daher jede Handlung, unter andern Testamente, Mancipationen u. s. w. ohne allen männlichen Beistand rechtsgültig vornehmen, weshalb denn auch auf Inschriften bei den Mancipationen und Promissionen einer Frau, wenn sie allein handelt, durch die ausdrückliche Bemerkung, daß sie das jus liberorum habe, jeder Zweifel an der Rechtsgültigkeit des Geschäfts beseitigt wird (20).

Uebrigens haben sich bei der deutschen Geschlechtsvormundschaft niemals auch nur ähnliche Grundsätze ausgebildet.

2. Ende der Pupillentutel.

§. 202.

Literatur:

A. G. Cramer de pubertatis termino. Kilon. 1804. 4.

Die Römische Pupillentutel endigt sich regelmäßig mit erreichter Pubertät, bei deren Eintritt jedoch zwischen dem männlichen und weiblichen Geschlechte unterschieden werden muß.

velut Atilianos aut fiduciarios trium liberorum jure liberantur. Gajus III. 44. Ulp. XXIX. 3. Fragm. de juris spec. §. 17. Plut. Numa c. 66. Heinecc. ad L. J. et P. P. lib. 1. c. 12. Gothofr. c. 12.

(20) Gruter. Inscr. p. CIƆLXXXI. n. 1. Monumentum — Statia Airene, *jus liberorum habens*, Marco Licinio Timotheo donationis mancipationisque causa HS. n. I. mancipio dedit. — Quod mihi Licinnio Timotheo tu Statia Airene j. l. h. monumentum ss. — mancipio dedisti, de ea re dolum abesse abfuturumque esse a te heredeque tuo et ab his omnibus, ad quos ea res pertinebit, haec sic recte dari fieri praestarique stipulatus est Licinius Timotheus, spopondit Statia Airene j. l. h. — Isdem Consulibus eadem Statia Airene j. l. h. donati monumenti — consensi, subscripsi et adsignavi.

Bei dem erstern bestimmte das ganze Alterthum die Pubertät ursprünglich nicht blos nach physischen sondern auch nach politischen Rücksichten. Ueberall finden wir nämlich in den uns bekannten Verfassungen der alten Welt Eintheilungen des Volkes, d. h. der Männer nach dem Alter, welche sich zunächst auf den Kriegsdienst bezogen, aber auch für die übrigen öffentlichen Rechte des Einzelnen wichtig waren. Diese Abschnitte wurden durch bestimmte politische und religiöse Feierlichkeiten auch äußerlich bezeichnet.

Bei dem vielfachen und genauen Zusammenhange Römischer und Griechischer Institutionen muß es auch in einer Abhandlung, welche wie die vorliegende, sich auf das Römische Recht und dessen Modificationen beschränkt, verstattet sein, hin und wieder in einer einleitenden oder vergleichenden Bemerkung, etwa in der Art, wie die Römischen Juristen selbst es thun (vgl. Thl. I. S. 23. N. 9.), auf diesen Zusammenhang aufmerksam zu machen. So darf denn auch hier darauf hingewiesen werden, daß bereits im Griechischen Alterthum eine solche Eintheilung der Männer, geknüpft an gewisse Einschreibungen, ausgebildet war.

In Athen nämlich wurde jeder Knabe auf den Antrag des Genos in den ersten Lebensjahren in die Verzeichniße der Phratrien eingetragen. Nach dem funfzehnten Jahre erfolgte eine zweite Einschreibung in die gemeinschaftlichen Verzeichniße der Phratrien, nachdem vorher über die Pubertät eine Dokimasie angestellt war. Im achtzehnten Jahr aber fand eine dritte Einschreibung in das ληξιαρχικὸν γραμματεῖον Statt, mit welcher die Tutel aufhörte und die Erbschaft ihm aus-

geantwortet wurde. Damit war eine neue Prüfung über die Fähigkeit zum Kriegsdienst verbunden (δοκιμασία εἰς ἄνδρας), bei welcher die Vormünder noch gegenwärtig waren. Von jetzt an wurde der Jüngling Ephebe; und erst nach einem tirocinium von zwei Jahren erlangte er volle politische Geltung (1).

Aehnliche Einrichtungen finden wir in dem ältern Rom (2). Als normale Lebensdauer überhaupt ward nämlich in der alten Römischen Theologie diejenige angenommen, auf welche das Fatum die natürliche Dauer des menschlichen Daseins (120 Jahre) herabgesetzt habe: ein Zeitraum von 90 Jahren, auf dessen zufällige Verkürzung (durch die Fortuna) keine Rücksicht genommen wurde (3). Dieser Zeitraum zerfiel in zwei Hälften, jede von 45 Jahren; wer in der erstern war, gehörte zu den juniores, wer in der letztern, zu den seniores (4). Jede dieser Hälften zerfällt aber wieder in drei Unterabschnitte, von je 15 Jahren, so daß das ganze Leben eigentlich aus sechs 15jährigen Zeitabschnitten besteht, was auch Varro anerkennt, welcher jedoch die beiden letzten zusammenfaßt (5). Anfang

(1) Böckh Vorrede zum Berliner Lectionscatalog Sommer 1819.

(2) Niebuhr's Röm. Gesch. Bd. I. S. 490. 491.

(3) Serv. ad Aen. IV. 653. Tribus enim humana vita continetur: Natura, cui ultra centum et viginti annos concessum non est: Fato, cui nonaginta anni, h. e. tres Saturni cursus, exitium creant, nisi forte aliarum stellarum benignitas etiam tertium ejus superet cursum. Fortuna, i. e. casu, qui ad omnia pertinet, quae extrinsecus sunt; ut ad ruinam, incendia, venena.

(4) Dionys. IV. 16. p. 221. d.

(5) Varro ap. Censorin. c. 14. Varro quinque gradus aetatis aequabiliter putat esse divisos, unum quemque scilicet praeter extremum in annos quindecim.

und Ende dieser Lebensabschnitte bezeichneten zum Theil politische und religiöse Feierlichkeiten; namentlich Opferungen von Denkmünzen verschiedener Art, durch welche die Volkszählungen möglich wurden (6).

Zuerst für das neugeborene Kind opferten die Cognaten in der Landschaft den Schutzgöttern der Pagi an den Paganalien, in der Stadt der Juno Lucina, und erst jetzt wird der Pupill mitgezählt und tritt in die pueritia ein (7).

Nach vollendetem funfzehnten Jahre beginnt die adolescentia: den Eintritt in dieselbe bezeichnet wiederum nicht nur die Erlegung einer Zählungsmünze bei dem Tempel der Juventas oder in den Tempeln der Schutzgötter der Pagi (8), sondern der Ephebe bekommt auch ein Pränomen (9) und vertauscht die Prätexta und bulla aurea mit der männlichen Toga; er hört auf investis, virgo (10), praetextatus zu sein und wird vesticeps (11). Zugleich fand eine Prüfung der körperlichen Reife, aber nur in Bezug auf die Tüchtigkeit zum

(6) Dionys. IV. 16. p. 220.

(7) Dionys. l. c. L. 161. de V. S. L. 24. de tutelae. L. 1. §. 6. de eo qui pro tut. Non est pupillus, qui in utero est.

(8) Dionys. l. c. εἰς δὲ τὸν (θησαυρὸν) τῆς Νεότητος ὑπὲρ τῶν εἰς ἄνδρας ἀρχομένων συντελεῖν. ἐξ ὧν ἤμελλε διαγνώσεσθαι καθ᾽ ἕκαστον ἐνιαυτὸν, ὅσοι τε οἱ σύμπαντες ἦσαν, καὶ τίνες ἐξ αὐτῶν τὴν στρατεύσιμον ἡλικίαν εἶχον.

(9) Festus v. vesticeps. Non. ap. Gothofr. p. 508. Tertull. de velandis virgin. c. 11. Capitul. Caroli Magni V. 69.

(10) Non. ap. Gothofr. p. 742. Virgines non solum feminae dicuntur, sed etiam pueri investes. Nam et quicunque ex ephebis excesserunt, devirginari dicebantur.

(11) Festus s. v. vesticeps. Gell. N. A. V. 19. Ueber die Ableitung: Niebuhr Röm. Gesch. II. 62. Note 107.

Kriegsdienst Statt (12), denn der Termin der Pubertät war nicht nur anderweit genau genug bestimmt, sondern richtete sich auch gar nicht nach der Individualiát. Die Ablegung der Prätexta und Anlegung der toga libera geschah nämlich, (wie etwa bei uns die Einsegnung) ordentlicher Weise an den nächsten Liberalien, welche auf das vollendete funfzehnte Lebensjahr jedes Einzelnen folgen (13). Von jetzt an wurde der Ephebe im öffentlichen und Privatrecht rechtsfähig; er erschien in den Comitien und konnte folglich auch apud populum arrogirt werden (14); auch wurde er von der Vormundschaft befreit (15). Doch blieb er mindestens noch ein Jahr lang Ephebe, während welcher Zeit er wahrscheinlich in den Comitien nicht mitstimmte, auch erst in den Waffen geübt wurde (16), und vor Gericht noch nicht handeln durfte, so daß er erst mit dem siebenzehnten oder achtzehnten Jahre in den eigentlichen Kriegsdienst trat, und vor Gericht als Advocat oder Procurator zugelassen wurde (17). Dies ist die Zeit des tirocinii oder die aetas, quae proxime aetatem praetextati accedit (18).

(12) Gell. X. 28. Plin. H. N. VII. 29. Isidor Orig. IX. 3. Tirones dicuntur fortes pueri, qui — armis gerendis habiles existunt. Hi enim non ex sola professione nativitatis, sed ex adspectu et valetudine corporis aestimantur.

(13) Schol. Juvenal. X. 99. Noris Cenotaph. Pisana I. p. 161 sq. Diss. II. 4. Ovid. Fast. III. 771 sq.

(14) Gellius V. 19.

(15) Festus v. bulla aurea. Gellius V. 19.

(16) Serv. ad Aen. VII. 162. Isidor. Orig. IX. 3.

(17) Gellius X. 28. L. 1. §. 3. de postul. Val. Max. V. 4. cf. L. 41. §. 13. de fid. lib. Anders ehemals im Senat. Gell. I. 23.

(18) L. 3. §. 6. de lib. exh. In hoc interdicto donec res ju-

Der Eintritt in die spätern Lebensperioden scheint wenigstens nicht durch äußere Feierlichkeiten bezeichnet gewesen zu sein; auch hat er für die gegenwärtige Untersuchung kein Interesse.

Um aber wieder auf den Pubertätstermin zurückzukommen, so hat sich die ältere Bestimmungsweise desselben späterhin (wenigstens in Beziehung auf die Beendigung der Tutel) so gänzlich verloren, daß in den Schriften der Juristen keine Spur mehr davon vorkommt. Die Gründe dieser Veränderung anzugeben, ist durchaus nicht schwer. Zugleich mit dem Untergang der Servianischen Verfassung erloschen auch die alten strengen Ordnungen über die Eintheilungen der Lebensalter und über die Volkszählungen und die strenge Beobachtung der die verschiedenen Abschnitte bezeichnenden Feierlichkeiten. Seitdem nicht mehr jeder Einzelne nach angelegter männlicher Toga auch in der Gemeinde oder vor Gericht redete und an dem Kriegsdienste Theil nahm, sondern das Fürsprecheramt und der Kriegsdienst gewissen Ständen ausschließlich zufiel, da legte auch der Einzelne die virilis toga bald vor bald nach dem sechszehnten Jahre an, und der Zeitpunct

dicetur, feminam, praetextatum eumque qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matremfamilias deponi Praetor jubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. Zimmern Rechtsgeschichte §. 120. N. 9. hat diesen Ausdruck falsch verstanden, indem er darunter nicht Epheben, sondern Pupillen versteht, welche etwa schon 15 Jahr alt oder körperlich reif sind, aber doch noch die praetexta tragen, weil die Liberalien noch nicht da sind. Diese wären ja aber noch praetextati selbst, denn praetexta aetas ist ja eben die Kindheit, nicht das männliche Alter. Gell. I. 23. Cic. Verr. I. 58.

dieser Anlegung wurde so unsicher, daß er unmöglich noch als Bestimmung der Pubertät dienen konnte (19). Auch der wirkliche Eintritt in den Kriegsdienst konnte nicht mehr als Zeitpunct der Reife betrachtet werden, da er theils nicht allgemein vorkam, theils auch Söhnen von Familie oft schon als Pupillen militärische Stellen verliehen wurden (20). So kam es, daß der ältere Pubertätstermin immer mehr und mehr verschwand und sich nur da erhielt, wo das frühere Recht mit Rücksicht auf ihn zu gewissen Handlungen eine bestimmte Anzahl von Jahren festgesetzt hatte, z. B. beim Postuliren (21).

Auf diese Weise sahen sich die Römischen Juristen genöthigt, den Pubertätstermin bei jedem einzelnen Institut aus der Natur der Sache besonders zu bestimmen. Wie dies bei der Ehe (22), der Testamentsmündigkeit (23) u. s. w. (24) geschah, interessirt uns gegenwärtig nicht. Bei der Frage aber, wann die Tutel für beendigt gehalten und dem Pflegling sein Vermögen ausgeantwortet werden könne, finden wir unter den alten Juristen drei verschiedene Ansichten. Die Cassianer sahen hier, wie bei der Ehe, auf physische Entwickelung, namentlich auf Ausbildung der Zeugungsfähigkeit, weil der Pu-

(19) Beispiele: Sueton: Calig. c. 10. Capitolin. Marc. c. 10. Tacit. Ann. XII. 41. Cujac. Obss. XXII. 16.

(20) Veget. de re mil. 1. 4. L. 18. C. de test. mil.

(21) L. 1. §. 3. de postul.

(22) Quintil. Decl. 279. Serv. ad Aen. VII. 53. ad Ecl. VIII. 39. 40. Macrob. Sat. VII. 7. Quintil. J. O. IV. 2. 5.

(23) Gajus II. 113. Paull. III. 4 a. §. 1. L. 5. Qui test. fac. poss. L. 4. C. eod.

(24) Ulp. XVI.

des ja nicht sowohl sein Vermögen administriren, als vielmehr suae tutelae werden soll. Die Proculianer hingegen sahen auf die Jahre, welche jedoch nicht nach dem altrömischen System, sondern nach griechischer Naturphilosophie (25) bestimmt wurden, so daß bereits mit Vollendung der zweiten Lebenswoche oder des vierzehnten Jahres die Pubertät eintrat. Javolenus Priscus verlangte Zusammentreffen des Alters und der physischen Reife (26). Justinian hat aber entschieden, daß es (nach der Ansicht der Proculianer) blos auf vierzehnjähriges Alter ankommen und die Untersuchung der physischen Reife, welche die spätere Praxis mehr auf die Fähigkeit zur Ehe als zum Kriegsdienst bezogen haben mogte, wegfallen soll (27).

Bei dem weiblichen Geschlechte kamen zwar ebenfalls Zählungen (28) aber ganz andere Lebensabschnitte vor. Die Kindheit endigte hier von jeher mit dem vollendeten zwölften Jahre. Mit diesem Alter tritt die Heirathsfähigkeit und ebenso auch das Ende der Vormundschaft schon ganz von selbst

(25) Macrob. Som. Scip. c. 6. Post annos autem bis septem ipsa aetas necessitate pubescit. Ideo et tutela pueris absolvitur. Seneca Consol. ad Marciam c. 24. init. Pupillus relictus sub tutorum cura usque ad decimum quartum annum vixit. Tertullian. de veland. virg. c. 11.

(26) Ulp. XI. 28. Gajus I. 196. Quintil. Inst. Or. IV. c. 2. 5. Isid. Orig. XI. 2.

(27) L. 3. C. h. t. Indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes, jubemus: quemadmodum feminae post impletas duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur: indagatione corporis inhonesta cessante. pr. J. h. t.

(28) Dionys. IV. p. 220. ἕτερόν τι (νόμισμα) τοὺς ἄνδρας, ἕτερον δέ τι τὰς γυναῖκας, ἄλλο δέ τι τοὺς ἀνήβους.

ein, von einer Untersuchung der Reife konnte hier natürlich niemals und in keiner Beziehung die Rede sein (29). Die Beendigung der Tutel hatte aber im ältern Römischen Recht nur den Sinn, daß die Frau eigene Administration bekam, denn eigene Tutel oder Auctoritas bekam sie freilich nie. Es wurde folglich nur das administrative Element der Pupillentutel, die mit ihr verbundene Cura aufgelöst, die Tutel selbst aber verwandelte sich nunmehr in eine Geschlechtstutel, in welcher Gestalt sie bis zum Tode fortdauerte (30). Im Justinianischen Recht verhält es sich gewissermaßen umgekehrt. Die Administration und Auctoritas des Tutors hört zwar gänzlich auf, allein die erstere geht auf einen von der Mündigen zu erbittenden Curator über und nur die letzte bekommt die Mündige selbst.

In einem Fall aber konnte sich eine Tutel bei Mädchen schon vor dem zwölften Jahr endigen; nämlich wenn eine Jungfrau zur Vestalinn geweiht wurde. Alsdann wird sie nämlich sogleich suae auctoritatis, obwohl die captio zwischen dem sechsten und zehnten Jahre erfolgen mußte (31). Constantin übertrug diesen Satz auf christliche Novizen (32); doch ist er auch hier unanwendbar geworden, seitdem der Proseßtermin über die Unmündigkeit hinaus geschoben ist (33).

(29) Festus v. pubes. Macrob. Saturnal. VII. 7. Somn. Scip. I. 6. Tertullian. de veland. virgin. c. 11. L. 3. C. h. t. pr. J. h. t.

(30) Tertullian. l. c. nam feminam quidem (ethnici) in duodecim annis, masculum vero a duobus amplius ad negotia mittunt. Gajus I. §. 145. cf. 190.

(31) Gajus I. 145.

(32) Sozom. Hist. eccl. I. 9.

(33) Nov. Leon. 6. c. 1. 16. X. de regular. c. 2. 3. eod. in 6. Conc. Trid. sess. 25. c. 15.

Das Canonische Recht erwähnt den Römischen Pubertätstermin von 14 Jahren einmal beiläufig, aber nicht bei der Vormundschaft, sondern bei der Ehe (34).

Ueber den Mündigkeitstermin des Deutschen Rechts mußte bereits oben (Thl. I. S. 109. 110.) in einem andern Zusammenhange gesprochen worden.

B. Auflösung der Curatelen.

§. 203.

Die ordentliche naturgemäße Auflösung der Curatelen ist nach den einzelnen Gattungen derselben verschieden (vgl. Thl. I. §. 10—22.).

I. Die cura ventris und bonorum erlischt, einmal: wenn es gewiß wird, daß die Frau nicht schwanger ist; sodann: wenn ein Abortus erfolgt; endlich: wenn ein lebensfähiges Kind geboren wird, in welchem letzten Fall sofort die Pupillentutel an ihre Stelle tritt (1).

II. Die cura ex Carbonino edicto endigt nicht schon mit der Pubertät, sondern erst mit der Entscheidung des Prozesses, da sie nicht sowohl eine cura pupilli als vielmehr eine auf Veranlassung der Impubertät des Beklagten angeordnete cura bonorum ist (2).

III. Die cura pupilli pupillaeve erlischt in demselben Moment wie die Tutel, nämlich mit dem Pubertätstermin (3),

(34) c. 3. X. de despons. imp.

(1) L. 1. §. 27. de ventre. L. 161. de V. S. L. 24. de tutelae L. 1. §. 6. de eo qui pro tut.

(2) L. 5. §. 2. de Carb. ed.

(3) L. 2. C. in quib. cas. L. 1. C. h. t.

einerlei, zu welchem Zweck und aus welchem Grunde der Curator bestellt war (4). Zwar könnte man diesen Satz deshalb bezweifeln, weil ja auch der Pubes immer noch unter Curatel bleibt. Allein der curator adolesentis wird nur auf Bitte des Pfleglings gegeben, der curator impuberis ist ihm hingegen ohne sein Vorwissen bestellt. Folglich tritt dieser mit der Pubertät ab, und es bleibt dem Pupillen vorbehalten, sich einen neuen curator minoris zuordnen zu lassen (5).

IV. Die cura minorem erlischt:

A. Ordentlicher Weise mit der Minderjährigkeit selbst (6). Diese aber endigt nach der lex Plaetoria bei beiden Geschlechtern mit dem vollendeten fünfundzwanzigsten Jahre, daher dieses Alter vorzugsweise legitima aetas, oder anni legis Laetoriae genannt wird (7), wiewohl auch andere allgemeinere Ausdrücke, wie perfecta, justa, statuta, matura aetas zur Bezeichnung desselben vorkommen (8). Denn von dem Ausdruck perfecta aetas verordnet namentlich noch Justinian, daß er immer auf die Volljährigkeit im eigentlichen Sinn, niemals auf die venia aetatis bezogen werden soll (9).

(4) L. 25. de tut. dat.

(5) L. 13. §. 2. de tut. dat. L. 25. eod. Curatorem impuberi datum quacunque ex causa perseverare in diem pubertatis in eadem cura respondi. Ergo post pubertatem alium curatorem sibi petere debebit.

(6) L. 1—3. de min. Preuß. Landr. §. 696—704. 707. 708. 712. Oesterr. G. B. §. 251. Code civ. a. 488.

(7) L. 2. C. Th. de donat. L. un. §. 3. C. Th. de his, qui veniam. Briss. Select. Antiq. III. c. 2.

(8) Dirksen Beitr. Abh. VII. N. III. S. 287. v. Savigny von dem Schutz der Minderjährigen nach Römischem Recht (Abhandlungen der Königl. Akademie der Wissensch. v. 1833. hist. phil. Classe) S. 7.

(9) L. 4. C. h. t.

Die Zeit wird dabei nicht civiliter oder nach Calendertagen, sondern naturaliter oder nach Zeittagen computirt (10): selbst wer am Schalttage geboren ist, wird erst mit Erreichung der Stunde und Minute der Geburt majorenn (11).

Von den deutschrechtlichen Großjährigkeitsterminen ist schon oben (Thl. I. S. 110. 111.) die Rede gewesen.

B. Allein in einzelnen Fällen kann der Termin der Majorennität durch ertheilte venia aetatis ausnahmsweise näher gerückt werden (12).

Die Ertheilung derselben wurde im Römischen Recht als ein wahrer Act der gesetzgebenden Gewalt betrachtet, da der gemeinrechtliche Termin durch ein Gesetz feststand, eine Dispensation von demselben also immer ein wahres Privilegium enthielt. Die Befugniß dazu bildete daher ein Kaiserliches Reservatrecht, zu dessen Ausübung die obervormundschaftlichen Behörden, die Consuln oder Präsides durchaus nicht befugt waren, weshalb alle Decrete dieser Obrigkeiten, wodurch venia aetatis ertheilt wurde, den erschlichenen oder durch Bestechung erwirkten gleich (quasi ambitiosa), mithin für null

(10) L. 3. §. 3. de min. Rheinfelder der annus civilis des Röm. Rechts. S. 83.

(11) L. 3. §. 3. de min.

(12) Cod. Theod. II. 17. de his, qui veniam aetatis impetrarunt. Cod. II. 45. de his qui veniam aetatis impetraverunt. Marezoll Bemerkungen, Zweifel u. Vermuthungen über einzelne Fragen aus dem Röm. Civilrechte N. 13. (Grolmann u. v. Löhr's Mag. Bd. IV. S. 397—401.) Die neuern Gesetzgebungen enthalten hier fast nur Wiederholungen des Römischen Rechts. Preuß. Landr. §. 713—719. Oesterr. G. B. §. 252. Code civ. a. 478—487. Würtemb. Landr. II. 27. S. 317. Hamburg. V. O. v. 13. Juli 1831. Art. 66—68.

und nichtig gehalten werden sollen (13). Erst nach Justinian finden wir bloße Localbeamte zur Ausübung dieses Rechts autorisirt. Im Orient wurde dieses zuerst durch eine Novelle Leo's verstattet (14). Im Occident finden wir im Lombardischen Reich bereits im neunten Jahrhundert die Herzöge (principes) im Besitz des ehemaligen Kaiserlichen Reservatrechts (15).

Die Bedingungen, unter welchen die Ertheilung erfolgt, waren im Römischen Recht früher ganz dem Ermessen der Kaiser überlassen, welche mit denselben äußerst sparsam waren (16). Constantin hat jedoch dieselben in einer Verordnung des Jahres 321 ein für alle Male in allen verschiedenen Fällen gleichförmig bestimmt (17). Sie sind folgende:

Zuerst muß der Minderjährige, damit er um Jahrgebung einkommen könne, ein gewisses Alter erreicht haben. Constantin nennt dasselbe firmata aetas, welcher Ausdruck sich auf die von ihm aufgestellte Lebenseintheilung bezieht. Nämlich schon Varro unterschied fünf Lebensabschnitte, welche freilich von der altrömischen theologischen und politischen Biotomie sehr verschieden sind: infantia, pueritia, adolescentia, juventa,

(13) L. 2. de min. Denique Divus Severus et Imp. noster hujusmodi Consulum vel Praesidum decreta *quasi ambitiosa* esse interpretati sunt. cf. L. 4. pr. de decr. ab ord. L. ult. C. de decr.

(14) Imp. Leon. Novella 28. in fin.

(15) L. Rom. Utinensis ap. Canciani Tom. IV. p. 473. Cod. Th. II. 17.

(16) L. 2. de min. ipsi autem (D Severus et Imp. noster) perraro minoribus administrationem extra ordinem indulserunt, et eodem jure utimur.

(17) L. un. C. Th. i. e. L. 2. C. h. t. dazu Jac. Gothofr. ad L. un. C. Th. cit. Marezoll a. a. O.

senectus (18). Eine ähnliche Eintheilung findet sich bei Constantin, indem dieser pueritia, adolescentia, firmata aetas, legitima aetas und senectus unterscheidet. Unter firmata aetas, (welcher Ausdruck schon bei Virgil, freilich nicht als technischer vorkommt) (19) versteht er die Zeit von zwanzig, oder bei Frauen, weil diese auch zwei Jahre früher mündig werden, von achtzehn bis zu fünf und zwanzig Jahren, von wo die legitima aetas anfängt (20). Justinian hat zwar diese Ausdrücke in seine Compilation nicht aufgenommen, die adolescentia reicht also in ihr wieder bis zur legitima aetas, aber den Grundsatz selbst, daß erst nach vollendetem zwanzigsten oder achtzehnten Jahre venia aetatis nachgesucht werden könne, hat er allerdings gebilligt (21). Erst Leo will nicht mehr auf bestimmte Jahre, sondern auf geistige Reife und Qualification zu eigener Verwaltung des Vermögens gesehn wissen (22).

Hat der Minderjährige diese firmata aetas erreicht, so muß er sich in einer Supplik um Erlassung der übrigen Jahre der Minderjährigkeit an den Kaiser wenden, worin er jedoch weiter keine Gründe für seine Bitte aufzuführen braucht, in-

(18) Varro. Fragm. ed Bip. Vol. 1. p. 368. (von Servius erhalten.)

(19) Virgil. Ecloga IV. 37. Hinc, ubi cum firmata virum te fecerit aetas.

(20) L. un. §. 3. C. Th. h. t. Cui aetati, quoniam inter plenam perfectamque adolescentiam et robustissimam juventutem media est, firmatae aetatis appellationem imponimus, ut prima aetas pueritiae sit, sequens adolescentiae, firmata haec tertia, quarta legitima, quinta senectus habeatur.

(21) L. 2. pr. §. 1. C. h. t.

(22) Nov. Leon. 28.

dem diese erst später bei der Obrigkeit geprüft werden (23). Der Kaiser ertheilt darauf die venia aetatis durch ein Rescript, von welchem uns Cassiodor ein interessantes und die Constitution Constantins in mehreren Puncten erläuterndes Formular aufbehalten hat (24).

Dieses Rescript muß nun der Impetrant den competenten Behörden insinuiren, wie es bei allen Rescripten der Fall war, und vor denselben über sämmtliche in dem Rescript enthaltene Voraussetzungen der venia aetatis sich gehörig ausweisen, namentlich die probatio aetatis führen (25).

Die competenten Behörden waren aber ursprünglich wahrscheinlich die Consuln und Prätoren (26). Zu Constantin's Zeit war in Rom für Senatoren der Praefectus Urbi, für perfectissimi der Vicarius Urbis, für equites Romani und alle übrigen Bürger der Praefectus vigilum, für naviculari hingegen der Praefectus annonae, das rechte Forum (27). Justinian hat indeß diese Verfügung durch einige Interpolationen den veränderten Verhältnissen angepaßt, indem er befiehlt, daß in Constantinopel Senatoren vor dem Praefectus Urbi, alle übrigen vor dem Praetor plebis, also vor der dortigen obervormundschaftlichen Behörde, in den Provinzen hin-

(23) Marezoll a. a. O. S. 399.

(24) Cassiodor. Var. VII. 41.

(25) Cassiodor. Var. VII. 41. Atque ideo, si id tempus constat elapsum, quo ad hanc veniam accedi jura voluerunt, nos quoque probabilibus desideriis licentiam non negamus: ut in foro competenti ea, quae in his causis reverenda legum dictat antiquitas, sollenniter actitentur.

(26) L. 2. de min.

(27) L. un. §. 2. C. Th. h. t. Symmach. ep. X. 62. Cassiodor. Var. VI. 4.

hingegen alle Einwohner ohne Unterschied des Standes vor den Rectoren derselben jenen Beweis zu führen haben (28). Im Westgothischen Reich, wo alle jene Behörden nicht mehr vorkamen, wurde die Sache blos vor den städtischen Curien zu Protocoll instruirt (29).

Vor diesen Behörden nun müssen Minorenne männlichen Geschlechts in Person erscheinen, Frauen und Jungfrauen dürfen einen Procurator schicken (30).

Gegenstand des Beweises ist zweierlei: einmal, das erforderliche Alter, und zweitens ein ehrbarer Lebenswandel.

Die Beweismittel sind theils nach der Person theils nach dem Gegenstande des Beweises verschieden bestimmt. Männer müssen sich über das Alter, nach der Lesart der meisten Handschriften und Ausgaben des Justinianischen Codex, durch Urkunden (per scripturam) d. h. durch professio natalium oder durch Geburtsscheine ausweisen, während der Theodosische Codex und die Basiliken die Art des Beweises nicht näher angeben (31). Ueber ihre Aufführung sollen

(28) L. 2. §. 2. C. h. t.

(29) Interpr. ad L. 1. C. Th. de tut. et cur.

(30) L. un. pr. §. 1. C. Th. et L. 2. pr. §. 1. C. h. t. Inst. h. t. iidem *ipsi per se* principale beneficium allegantes — und von Frauen: annos aetatis probari — misso procuratore concedimus.

(31) L. un. pr. C. Th. et J. h. t. „praescriptorum annorum numerum" ebenso der Cod. Just. Paris 1526. ap. Claud. Chevallon. 8. und die Basil. Tom. I. lib. 10. t. 27. c. 2. τῶν προγεγραμμένων ἐνιαυτῶν. Die meisten Ausgaben des Codex lesen per scripturam. Ruffard, Marezoll, Wenck und Glück entscheiden sich zwar für die Lesart des Cod. Theod., allein der Beweis per scripturam war hier, wenn auch nicht der einzig mögliche, doch der gewöhnliche und es wäre sonderbar, wenn der Cod.

Jünglinge Zeugen beibringen, welche nach dem Theodosischen Codex wenigstens honestae dignitatis, also nicht humiliores oder plebeji, sein müssen. Frauen sollen nach dem Theodosischen Codex ihr Alter durch Urkunden oder Zeugen (tabulis vel testibus) beweisen; ihr Ruf muß durch Notorietät gewiß sein. Der Justinianische Codex redet blos vom Beweise des Alters, wozu er aber fünf Zeugen erfordert (32).

Auf diese Beweisführung erfolgt ein richterlicher Bescheid, welcher nichtig ist, sobald er ohne geführten Beweis die Erfordernisse als vorhanden angenommen hat (33).

Die Wirkungen des wirklich geführten Beweises sind aber folgende:

Erstens: alle Geschäfte des Minderjährigen, welche nach ertheilter venia aetatis geschlossen werden, können mit keiner in integrum restitutio mehr angefochten werden (34). Deshalb steht auch im Justinianischen und Theodosischen Codex unser Titel in der Lehre von der in integrum restitutio unter den Fällen, in welchen dieselbe wegfällt.

Zweitens: der Minderjährige wird von der Curatel frei und bekommt eigene Administration seines väterlichen und

Th., der die Beweismittel überall so sorgfältig bestimmt, sie gerade hier nicht angegeben hätte.

(32) L. un. §. 1. C. Th. L. 2. §. 1. C. h. t. Marezoll a. a. O. S. 401. L. 15. C. de testib.

(33) L. 2. §. 3. C. h. t.

(34) L. 1. C. h. t. Cassiodor. Var. VII. 41. Ad erroris auxilium beneficium contemnis annorum. — Quia nullas se captare velle profitetur insidias quisquis habere liberos contractus constantur affectat. — Nam professio maturitatis acerbae locum denegat actionis, quando multo gravior est culpa, quam suae promissionis impugnat auctoritas.

großväterlichen Vermögens (35). Er kann folglich prozessiren (36), auch seine Sachen vollkommen frei veräußern, ohne an einen Consens gebunden zu sein. Deshalb verordnete Constantin, es solle in den Kaufbriefen eines solchen Minorennen in Zukunft allemal ausdrücklich bemerkt werden, daß der Verkäufer firmatae aetatis und ein honestus vir sei. Justinian hat dieses weggelassen (37). Nur bei Verkauf von Grundstücken blieb der Minderjährige bis zur legitima aetas an ein obrigkeitliches Decret gebunden (38), was zwar in Justinian's Codex zuerst nur von minderjährigen Frauen verordnet (39), späterhin aber auf alle Minderjährige und auch auf alle Alienationen erstreckt wird (40).

Eine Vormundschaft über Andere kann aber ein Minderjähriger, der venia aetatis ungeachtet, nicht verwalten, weil dazu mehr Geschäftskenntniß nothwendig ist, als zur Administration eigener Angelegenheiten (41).

C. Verheirathung und Erzeugung von Kindern hebt bei Minderjährigen beider Geschlechter nach Rö-

(35) Paternam frugem., vel majorum (C. avorum) patrimonia, (wie bei der cura prodigi: bona paterna avitaque.) Marezoll S. 399. N. 3.

(36) L. 10. C. de app.

(37) L. un. §. 4. C. Th. h. t.

(38) L. un. pr. C. Th. h. t. Quod cum ea conditione effecerint, in alienatione praediorum jus tantum aetatis obtinebunt, quantum per annorum dimensiones ac temporum legis natura singulis quibusque deferre consuevit. §. 5. Ita tamen ut, (quia spes ademta perfidiae est) et in vendendis praediis diligentiores esse persistant, qui beneficium meruerunt principale, nec praedia sine decreto alienent. Cassiodor. Var. VII. 41.

(39) L. 2. §. 1. in f. C. h. t.

(40) Thl. II. S. 395. 396.

(41) Glück Pand. II. S. 229.

mischem Recht die Cura nicht auf; es wäre denn, daß eine Minderjährige in eine strenge Ehe träte. Zwar verordnete die lex Julia und Papia Poppaea, daß wegen jedes Kindes ein Jahr an dem erforderlichen Alter erlassen sein sollte, allein diese Verordnung bezieht sich blos auf die Fähigkeit des Minorennen zu Ehrenstellen, nicht auf die Auflösung der Curatel (42). Auch die neueren Gesetzgebungen bestätigen, wenigstens bei minderjährigen Männern, diese Ansicht vollkommen (43).

V. Die cura furiosi hört, sobald der Wahnsinn oder Blödsinn wirklich nachgelassen hat, schon ipso jure, nach den Worten der zwölf Tafeln selbst auf, ohne daß es eines Decrets zu ihrer Aufhebung bedürfte (44). Wenn aber der Wahnsinn ein intermittirender ist, dann entsteht die Frage, ob bei dem Eintritt jeder lichten Zwischenperiode der Curator abtreten und bei wiederkehrender Geistesabwesenheit ein neuer Vormund bestellt werden, oder ob der Curator im Amt bleiben und während der vernünftigen Zwischenzeiten sich nur der Ausübung seines Amtes enthalten solle? Unter den alten Ju-

(42) L. 2. de min. Nec per liberos suos rem maturius a curatoribus recipiet. Quod enim legibus cavetur: ut singuli anni per singulos liberos demittantur, ad honores pertinere D. Severus ait, non ad rem suam recipiendam.

(43) z. B. Würtemb. Verordn. v. 20. Jun. 1789. (Kapff. S. 371.)

(44) L. 1. pr. de cur. fur. et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit: quod si venerit, ipso jure desiunt esse in potestate curatorum. Auch die neuern Gesetzgebungen verlangen nur eine Untersuchung nicht ein Aufhebungsdecret. Preuß. Landr. §. 815—817. Oesterr. G. B. §. 283. Code civ. a. 512.

risten war diese Frage bestritten. Justinian aber hat wegen der Ungewißheit der wirklichen Herstellung, wegen der nie ganz aufgehobenen Möglichkeit eines neuen Rückfalls, und damit nicht alle Augenblicke ein neuer Curator bestellt werden dürfe, diese Controverse dahin entschieden, daß der Curator in einem solchen Fall bis zum Tode des Wahnsinnigen die Cura behält, folglich bei dem Eintritt eines lucidum intervallum keine Niederlegung des Amts und bei erneuertem Wahnsinn keine neue Ernennung nöthig ist, daß jedoch derselbe während der Intervalle nur den Namen eines Curators hat, aber sich aller Wirksamkeit einstweilen enthalten muß, wogegen der Wahnsinnige selbst während derselben nicht blos Erbschaften antreten, sondern überhaupt alle Rechtsgeschäfte eben so gültig wie jeder Andere, der seines Verstandes mächtig ist, abschließen kann (45).

VI. Noch mehreren Schwierigkeiten als die Bestimmung des Endpuncts einer cura furiosi ist die Frage nach dem Erlöschen der cura prodigi unterworfen. Mehrere Stellen Römischer Juristen haben nämlich die Meinung veranlaßt, als ob es auch hier keiner Aufhebung der Cura durch ein contrarium imperium Praetoris bedürfte, sondern die Cura mit Anfang einer häuslichern Wirthschaft (recepta vitae sanitate, ad bonos mores reverti) ohne Weiteres einginge.

L. 1. pr. de cur. fur. (Ulp. lib. 11. ad Sab.) et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit: quod si

(45) L. 6. C. de cur. fur. (530)

evenerit, *ipso jure* desinunt esse in potestate curatorum.

Paull. III. 4. a. §. 12. Prodigus recepta vitae sanitate, ad bonos mores reversus, ad testamenti sollennia adhiberi potest.

In der That hat Donellus (46) die Ansicht aufgestellt, daß mit dem ersten Zeichen eines bessern Lebenswandels die Cura von selbst aufhöre, wogegen Hoppe (47) nur eine Suspension für die Zeit der Dauer eines solchen besonnenen Augenblicks oder lichten Intervalls annimmt. Allein dagegen ist (auch abgesehen von den practischen Schwierigkeiten, die nach dieser Ansicht entstehen würden) zu bedenken, daß die juristische Prodigalität nicht von selbst mit dem Anfang einer verschwenderischen Lebensart, sondern erst mit dem Interdict oder Decret des Prätors eintritt, folglich auch, einer sehr bekannten Regel zufolge, nicht schon durch den Eintritt einer Tüchtigkeit zur Administration seines Vermögens, sondern erst durch ein contrarium imperium des Prätors aufgehoben werden kann. Es hat daher mit den Worten des Ulpianus: die Cura endige sich mit der Besserung ipso jure, eine ganz ähnliche Bewandniß, wie mit der Behauptung desselben Juristen, daß die Cura lege und zwar lege XII tabularum begründet werde (48). Er will nämlich nur sagen, daß mit eingetretener Besserung der entferntere Grund

(46) Donelli Comm. de jure civ. lib. III. c. 22. §. 8.

(47) Hoppe die Lehre von juridischen Verschwendern. §. 12. S. 92.

(48) L. 1. pr. de cur. fur. L. 5. §. 1. de A. vel O. H. Thl. I. S. 130.

der Interdiction ganz wegfalle, mithin der Prätor schon durch den Buchstaben der zwölf Tafeln autorisirt werde, die Cura durch ein neues Decret aufzuheben. So haben auch Duarenus (49), Schulting (50), Reinold (51), Gesterding (52), Puchta (53) und die meisten Neuern unsere Stelle verstanden.

VII. Die Cura über preßhafte Personen hört mit wiedererlangter Gesundheit und Geschäftsthätigkeit von selbst auf, ohne daß ein Decret der Obrigkeit dazu erforderlich wäre. Bei einer wiederholten Kränklichkeit muß also eine neue Bevormundung eintreten, und diese Meinung ist auch in die neuern Gesetzgebungen übergegangen, in denen überdies das Verfahren, welches zwischen dem Verschwender und dessen Verwandten zum Zweck der Wiederaufhebung der Prodigalitäts-Erklärung eingeleitet zu werden pflegt, noch nähere Bestimmungen erhalten hat (54).

VIII. Die Vormundschaft über das Vermögen eines Abwesenden oder Gefangenen erlischt mit eingetretener Rückkehr oder postliminium ebenfalls ipso jure, ohne daß es noch eines obrigkeitlichen Decrets bedürfte.

IX. Die cura des Güterpflegers im Concurse endigte sich nach Römischem Recht mit der Distraction des Vermögens, zu dessen Verkauf er bestellt war. Im heutigen Recht pflegt zugleich mit dem Distributionsbescheid ein Ter-

(49) Duarenus ad L. 6. de V. O.

(50) Schulting Notae ad Dig. Tom. IV. p. 505.

(51) Reinold Varior. c. 41.

(52) Gesterding Ausbeute von Nachforschungen. Th. 1. S. 55.

(53) Puchta Handbuch des ger. Verfahrens. §. 322.

(54) z. B. Preuß. Landr. §. 856—858. A. G. O. Th. 1. Tit. 38. §. 35—44. Oesterr. G. B. §. 283.

min angesetzt zu werden, in welchem die Gläubiger ihre Einwendungen wider die Entlassung vortragen können. In Ermangelung solcher Einwendungen wird der Güterpfleger durch ein Decret seines Amts entbunden (55), wenn nicht etwa die Administration einzelner Theile des Vermögens, z. B. der Lehen und Fideicommisse eine Fortdauer des Amtes so lange erfordert, bis alle Schulden allmälig bezahlt sind.

X. Die cura einer liegenden Erbschaft erreicht ihr natürliches Ende, sobald die Erbschaft auch nur von einem Erben angetreten oder aber Concurs über dieselbe eröffnet wird.

II. Außerordentliche Erlöschungsgründe.

A. Beschränkung der Delation.

§. 204.

Nächst den regelmäßigen kommen aber auch außerordentliche Erlöschungsarten der Vormundschaft vor. Diese haben ihren Grund zunächst in einer ungewöhnlichen Beschränkung der Delation, welche jedoch nur bei testamentarischer und obrigkeitlicher Vormundschaft Statt findet, indem der gesetzliche Vormund immer ein allgemeiner und bleibender ist.

Im Testament nämlich kann zwar kein tutor specialis oder ad certam rem vel causam angeordnet, wohl aber der Bestellung eine Resolutivbedingung oder ein Endtermin hinzugefügt werden. Ist dieses geschehen, so erlischt mit dem Ein-

(55) v. Bülow und Hagemann Practische Erörterungen. III. 37. v. Ende verm. juristische Ausführungen N. XIII.

tritt des Termins oder der Erfüllung der Bedingung nicht blos die Ausübung, sondern auch das jus tutelae, da die Tutel als ein seiner Natur nach persönliches Recht unbedenklich auch noch mehr beschränkt werden kann (1).

Von der Obrigkeit kann ein Vormund zwar nicht ausdrücklich ad conditionem oder ad diem gegeben werden (Thl. I. S. 440.), aber stillschweigend ist eine solche Beschränkung doch auch hier denkbar, theils dadurch, daß der Vormund in die Stelle eines noch nicht berufenen, temporär verhinderten oder (z. B. eines abwesenden oder auf eine zeitlang excusirten) ordentlichen Vormundes ernannt wird, theils dadurch, daß er zur Besorgung eines einzelnen bestimmten Geschäfts (certae causae) gegeben wird. Im ersten Fall hört mit der Delation der ordentlichen Vormundschaft (2) oder mit dem Wegfallen des Hindernisses, im letztern mit Beendigung des Geschäfts (3) die Vormundschaft auf.

B. Ereignisse in der Person des Vormundes.

§. 205.

Auch durch außerordentliche Ereignisse in der Person des Vormundes kann eine Vormundschaft vor der Zeit aufgehoben werden. Dahin gehört:

I. Tod des Vormundes. Alle Vormundschaft, die

(1) Vgl. die Stellen in Thl. I. S. 294. Note 4.

(2) L. 11. pr. de test. tut. §. 1. 2. J. de Atil. tut. L. 1. §. 2. de leg. tut.

(3) L. 3. C. de in lit. dando tut. L. 8. rem pup. L. 3. §. 1. L. 5. de tutelis. L. 61. de J. D. L. 25. C. de nupt. L. 28. C. de J. D.

Tutel sowohl als die Cura ist ein persönliches Verhältniß, kein Vermögensrecht, und geht daher nicht auf die Erben über, da diese nur in das Vermögen nicht in die Aemter oder Familienverhältnisse ihrer Erblasser succediren (S. 45.). Selbst die legitima tutela und curatio, welche als ein Conservationsmittel oder ein Annexum der legitima hereditas betrachtet wird, geht nicht auf die Erben des legitimus tutor sondern nur auf die entferntern Familienglieder über, sie vererbt nicht sondern descendirt blos, es tritt nicht successio jure hereditario sondern blos successio ordinum et graduum bei ihr ein (1). Allein wenn der Erbe auch nicht in das Amtsverhältniß des Vormundes succedirt, so tritt er doch in die obligatorischen Verhältnisse des Erblassers ein, und muß daher so gut wie der verstorbene Vormund selbst Rechnung ablegen und bis dieses geschehen ist, sogar die angefangenen Geschäfte, sofern er die dazu nöthigen Eigenschaften besitzt, fortsetzen (Thl. III. S. 45 ff.).

II. *Capitis deminutio.* Bei derselben sind folgende verschiedene Fälle von einander zu unterscheiden:

1. Maxima capitis deminutio. Der Vormund muß ein freier Mensch sein, folglich geht umgekehrt mit der Freiheit

(1) L. 16. §. 1. de tutelis. vgl. Thl. I. S. 195. N. 4. L. 17. C. de neg. gest. Neque enim ad curatoris etiam successores officium administrationis transire ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere, convenit. Gajus 1. 195. Similiter ex iisdem legibus (Atilia et Titia) petere debet tutorem liberta, si patronus decedit, nec ullum virilis sexus liberorum in familia relinquit.

auch die Vormundschaft unter. Doch kann sie durch Postliminium wieder aufleben.

§. 4. J. h. t. Sed et capitis deminutione, per quam libertas vel civitas amittitur, omnis tutela perit.

L. 14. §. 3. de tutelis (Ulp. lib. 37. ad Sabinum) Aliis quoque modis desinunt esse tutores: si forte quis ab hostibus fuerit captus vel pupillus vel tutor.

L. 7. §. 1. L. 8. de tutelae. Si tutor in hostium potestatem pervenerit, quia finita tutela intelligitur, fidejussores — recte convenientur, quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit integrare.

L. 4. §. 5. Rem pup. (Ulp. 79. ad ed.) Si tutor ab hostibus captus sit, an committatur stipulatio, videamus: movet, quia finita tutela est, licet reciperari speretur: et puto posse agi.

L. 15. eod. (Ulp. lib. 38. ad Sab.) Si quis tutor non sit captus ab hostibus sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit: quia servus non efficitur, tutor manet, sed interim a Praesidibus alius tutor dabitur.

Die Noten von Schulting zeigen, daß die letzte Stelle mannigfaltigen Anstoß gegeben hat (2). Man hat es nämlich unbegreiflich gefunden, wie Ulpian sagen könne, der transfuga verliere die Tutel nicht, da er doch, wie aus mehreren Stellen bekannt sei (3), eine media capitis deminutio erleide.

(2) Schulting Notae ad Dig. ed. Smallenburg Tom. IV. ad L. 15. h. t. p. 392.

(3) L. 5. §. 1. de cap. min. L. 14. Ex quib. caus. maj. L. 19. §. 4—8. de captiv.

Donellus (4), Retes (5), Nicolaus Antonius (6) und Cannegieter (7) haben daher durch mehr oder weniger willkürliche Emendationen zu helfen gesucht, während z. B. Cujacius (8), Lycklama (9), Anton Faber (10), Constantinäus (11) und Andere die Stelle ohne Emendation, wiewohl auf sehr verschiedenen Wegen zu erklären versuchen (12). Unter diesen verschiedenen Erklärungsversuchen scheint der des Lycklama der Wahrheit am nächsten zu kommen. Daß nämlich der transfuga durch das bloße Factum des Uebergangs zum Feinde die Civität verliere, folgt aus den oben angeführten Stellen durchaus nicht, vielmehr beweist eine derselben sogar entschieden für das Gegentheil (13). Folglich verliert der Vormund auch sein Amt nicht, sondern wird blos als abwesend betrachtet und mittlerweile durch einen Interimsvormund ersetzt.

2. Media capitis deminutio. Auch von dieser bezeugen die Institutionen ausdrücklich, daß sie die Vormundschaft zerstöre (14), wiewohl wir jetzt aus den Vaticanischen Frag-

(4) Donellus Comm. de jure civ. III. 14. §. 10.

(5) Jos. Ferd. de Retes Comm. ad Tit. de Interdict. et Releg. (Otton. Thes. Tom. V. p. 1207.)

(6) Nic. Antonius de exilio lib. 1. c. 8. n. 2. (Meerm. Thes. Tom. III. p. 28.)

(7) Jo. Cannegieter ad Ulp. Fragm. tit. X. §. 4. p. 53.

(8) Cujacius Obs. IV. c. 9.

(9) Marc. Lycklama a Nyholt Membr. lib. VII. eccl. 35. §. 1. p. 389.

(10) Anton Faber Jurispr. Pap. XII. 1. 21. p. 706.

(11) Jac. Constantinaeus subtilium ad ed. lib. II. c. 26. (Otton. Thes. Tom. IV. p. 606.)

(12) vgl. Glück Pand. XXXI. S. 135. N. 20.

(13) L. 19. §. 6. de captivis.

(14) §. 4. J. h. t. cf. L. 32. §. 7. de adm.

menten wissen, daß ein Latinus Junianus allerdings Tutor sein konnte (15).

3. Minima capitis deminutio. Bei den meisten Vormundschaften, namentlich der testamentarischen und obrigkeitlichen ist es keineswegs erforderlich, daß der Vormund sui juris sei oder der Familie des Pflegbefohlenen angehöre. Folglich können diese Vormundschaften auch durch minima capitis deminutio z. B. durch Arrogation (16) oder Emancipation des Vormundes nicht zerstört werden (17). Anders verhielt sich die Sache mit den legitimis tutelis und curationibus des ältern Civilrechts, welche dem Vormuude als Mitglied einer bestimmten Familie deferirt wurden (Thl. I. S. 204. 205.). Seitdem aber im neuern Recht die gesetzliche Vormundschaft nicht mehr den Agnaten sondern den Cognaten deferirt, oder mit andern Worten die Personen naturaliter, nach der natürlichen Blutsverwandtschaft, designirt werden, kann dieselbe auch durch eine minima capitis deminutio nicht mehr untergehen (18). Auf diesen Gegensatz des ältern und neuern Rechts bezieht sich folgende Stelle:

L. 7. pr. de cap. min. (Paullus lib. XI. ad edictum.) Tutelas etiam non amittit capitis deminutio, exceptis his, quae in jure alieno personis positis deferuntur. Igitur testamento dati, vel ex lege vel ex SCto erunt

(15) Vat. Fr. §. 193.

(16) Gajus I. 195. Item si patronus — in adoptionem se dedit, debet sibi e lege Atilia vel Titia tutorem petere (liberta).

(17) §. 4. J. h. t. pr. J. Qui test. tut.

(18) Thl. I. S. 205. und L. 2. C. de leg. tut. §. 4. J. h. t. §. 6. J. de cap. dem.

nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae: quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse, familia mutati. Ex novis autem legibus et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur: ut ecce deferunt hereditatem SCta matri et filio.

Nicht der Zusammenhang des Gedankens selbst, sondern nur einige Ausdrücke in dieser Stelle bedürfen einer Erläuterung. Dahin gehören zuerst die Worte exceptis his, quae in jure alieno positis personis deferuntur, welche auf vielfache Weise theils emendirt, theils erklärt worden sind (19). Die richtige Erklärung giebt ein Basilikenscholion Tom. VI. p. 160. Sch. p. in den Worten: τουτέςι τοῖς διαμείνασιν ὑπεξουσίοις μέχρι τῆς τοῦ πατρὸς τελευτῆς. Der Sinn ist also: eine Ausnahme bilden die Tutelen, welche den in dem alienum jus der väterlichen Gewalt gebliebenen Personen, d. h. den Agnaten im Gegensatz der Emancipirten, deferirt werden. — Hiernächst sind die ex lege oder ex S. Cto gegebenen Tutoren, welche die Tutel trotz der capitis deminatio behalten sollen, gewiß keine andere, als die aus der lex Julia und den von Ulpian und Gajus erwähnten Senatusconsulten, welche interimistische Tutoren verordnen (20), was auch vielleicht in der ursprünglichen Fassung der Stelle noch nä-

(19) Schulting Notae ad Dig. Tom. I. p. 559. 560. Glück. Erl. der Pand. II. S. 199. N. 94. XXXI. S. 139. N. 26.

(20) Ulp. XI. 20—24. Gajus I. §. 172—183.

her angedeutet war. — Die am Schluß erwähnten Senatusconsulte sind das Tertullianum und Orfitianum.

III. Niederlegung der Tutel, Entschuldigung und Absetzung. Hierher gehören mehrere Fälle.

A. Abdicatio. Sie kommt nur bei der testamentarischen Geschlechtstutel vor, beendigt aber hier die Vormundschaft ipso jure (Thl. I. S. 311.).

B. In jure cessio. Sie gilt bei der legitimen Geschlechtstutel der Agnaten, Patrone und Parentes. Sie löst die Tutel auf, doch lebt sie mit dem Tode oder der capitis deminutio des cessitius wieder auf (Thl. I. S. 199—204).

C. Excusatio. Sie zerfällt noch wieder in drei Arten, in die excusatio necessaria oder den Eintritt einer Unfähigkeit zur Tutel, ferner in die excusatio voluntaria gegen eine erst deferirte Tutel, endlich die excusatio voluntaria von einer bereits verwalteten Tutel oder Cura, oder die Deposition, welche ausnahmsweise in gewissen Fällen Statt findet. Keine dieser drei Arten der Excusation zerstört das jus tutelae selbst; sondern sie suspendirt blos die Ausübung. Das Recht selbst erlischt erst durch Anstellung eines neuen Tutors an des Excusirten Stelle, so daß, wenn blos ein Curator adjungirt wird, das jus tutelae bleibt (Thl. I. S. 403. Thl. II. S. 206.). Allein da in den wesentlichsten practischen Beziehungen, namentlich in Rücksicht der Administration und Rechnungsablage die Vormundschaft für beendigt angesehen wird, so erklärt sich daraus der Ausdruck der Institutionen, daß solche Vormünder aufhören Tutoren zu sein (21).

(21) §. 6. J. h. t. Desinunt etiam tutores esse, qui vel re-

D. Remotion oder Absetzung. Damit verhält es sich ganz ähnlich wie mit der Excusation: das jus tutelae dauert fort, so lange nicht ein Tutor an die Stelle des Abgesetzten ernannt ist (Thl. I. S. 405.), aber die Administration erlischt und es tritt Verbindlichkeit zur Rechnungslegung ein, daher auch in ungenauer Rede wohl schon die Absetzung als Endpunct bezeichnet wird.

E. Zweite Ehe. Hiedurch erlischt die Vormundschaft der Mutter und Großmutter und es treten sogar noch Strafen des Meineides ein, wenn sie nicht den Kindern und Enkeln einen neuen Vormund erbittet, diesem Rechnung ablegt und die reliqua restituirt (Thl. I. S. 263. 265.).

C. Ereignisse in der Person des Pfleglings.

§. 206.

Einige der so eben erwähnten außerordentlichen Beendigungsgründe können nun auch noch in der Person des Pflegbefohlenen vorkommen, nämlich Tod und capitis deminutio.

I. Tod des Pflegbefohlenen. Daß hiedurch die Tutel erlischt, versteht sich so sehr von selbst, daß es nöthig wird, mit Donellus zu fragen, wie nur die Römer dazu kamen, diesen unbezweifelten Satz, wenn auch nur beiläufig und in angemessener Kürze (1), hervorzuheben (2). Es läßt sich aber

moventur a tutela ob id quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, et onus administandae tutelae deponunt.

(1) §. 3. J. h. t. L. 4. pr. de tutelae.

(2) Donellus III. 14. §. 8.

aber dafür allenfalls der Grund angeben, daß es vielleicht bezweifelt werden könnte, ob nicht der Tutor wenigstens noch die cura hereditatis jacentis zu übernehmen habe. Auch finden die Römer oft nöthig, ähnliche uns ebenfalls trivial scheinende Sätze zu erörtern (3).

Nach heutiger Praxis kann sich eine der oben genannten Curateln, nämlich die Cura über Abwesende oder Verschollene auch noch durch eine richterliche Todeserklärung endigen. Hierzu ist aber nach richtiger Ansicht eine bloße Todesvermuthung keineswegs hinreichend, sondern ein richterliches Decret nothwendig, welches zwar nur declaratorisch ist, aber dennoch aus ähnlichen Gründen als eigentlicher Endpunct der Vormundschaft betrachtet werden muß, aus welchen bei der cura prodigi ebenfalls erst das Decret dafür geachtet wird (4). Der Zeitpunct, mit welchem die Zulässigkeit der Todeserklärung eintritt, war nach älterer Praxis das vollendete siebenzigste Jahr, das griechische und biblische Lebensziel (5). Die neuern Gesetzgebungen haben aber andere Termine bestimmt (6).

II. *Capitis deminutio* des Pflegbefohlenen. In der Tutel sowohl wie in der Cura können, wenige Ausnahmen abgerechnet, nur Freie, Bürger und homines sui juris

(3) z. B. L. 12. de tutelis.

(4) Eichhorn's Einleitung in das deutsche Privatrecht § 397. Gesterding Ausbeute Thl. I. S. 342 ff. A. M. Glück Pand. XXXIII. S. 299—303.

(5) Diogenes Laërt. Solon. n. 55. Psalm 90. V. 10.

(6) Preuß. Landr. II. 18. §. 321 ff. Oesterr. G. B. 1. §. 24. 278. Code Napol. a. 115—131. Martini Vormundschaftslehre. S. 87.

stehen (Thl. I. S. 167 — 177.); folglich muß durch jede capitis deminutio eine bisher bestandene Vormundschaft endigen (7).

A. Maxima capitis deminutio. Eintritt des Pflegbefohlenen in die Sclaverei zerstört natürlich die Tutel und Curatio, weil Sclaven und Sclavinnen keinen Vormund haben können (8). Es gehört dahin der Fall der feindlichen Gefangenschaft des Pflegbefohlenen, den jedoch die Quellen von dem redigi in servitutem noch unterscheiden (9), ferner der Fall der actio ingrati (10), endlich auch der Fall der Verurtheilung im liberale judicium. Doch bleibt der Pflegling während des Prozesses im Besitz der Freiheit (vindiciae dicuntur secundum libertatem) und kann daher bis zu ausgemachter Sache sowohl einen Tutor als einen Curator haben (11). Bei Pupillen wird jedoch diese status controver-

(7) Durch blos zufälligen und factischen Verlust des Vermögens endigt sich die Vormundschaft nicht, weshalb man auch gewiß nicht mit v. Buchholtz a. a. O. S. 267. annehmen darf, daß die Vormundschaft über Güter in einer gewissen Provinz durch Verkauf derselben aufhöre. Die L. 39. §. 3. und 47. §. 2. de adm., worauf er sich beruft, enthalten davon nichts. Auch wäre es ja möglich, daß der Pupill später neue Erwerbungen in dieser Provinz machte. Man kann also nur zugeben, daß die Ausübung, nicht aber, daß das Recht der Vormnndschaft erlösche.

(8) L. 14. §. 1. de tutelis. §. 1. J. h. t.

(9) L. 14. §. 2. eod. §. 1. J. h. t.

(10) §. 1. J. h. t. et ibi Theop. ed. Reitz. ἐὰν καταδουλωθῶσιν, ἀχάριστοι τυχὸν ὀφθέντες περὶ τοὺς οἰκείους πάτρωνας.

(11) L. 1. C. Qui dare. Imp. Alex. Amphibulo. Cum tibi in ea aetate constituto, ut si de statu constaret, per tutores sive curatores negotia tua administrari deberent, libertatis controversiam fieri alleges: non ideo

sia in Folge des Carbonianischen Edicts oft bis zur Pubertät hinausgeschoben.

B. Minor capitis deminutio. Auch dadurch erlischt die Tutel und Cura. Als ein Beispiel nennen die Quellen, die (freilich wohl seltene) Deportation des Pupillen (12).

C. Minima capitis deminutio. Dahin gehört hier der Eintritt in die väterliche Gewalt und in die Manus, ehemals auch der in das Mancipium.

1. Eintritt in die patria potestas. Als Beispiele kommen in den Quellen folgende Fälle vor: Einmal Restitution des Vaters gegen die Deportation. Wenn nämlich der Vater deportirt wird, so erlischt dadurch die väterliche Gewalt und seine Kinder erhalten einen Tutor. Sobald aber der Vater begnadigt wird, lebt die väterliche Gewalt wieder auf und die Vormundschaft fällt weg, ausgenommen wenn der Vater seine Gewalt mißbraucht, um das Vermögen seiner Kinder zu vergeuden, denn alsdann soll der Tutor im Amte bleiben (13). Zweitens Arrogation des Pflegbefoh-

oportet impediri, quo magis liberali causa ordinata, quia interim pro libero habebaris, curator tibi daretur, per quem defendi causa tua potest (223). Die ordinatio causae oder sacramenti actio muß freilich von dem adultus in Person vorgenommen werden. Thl. II. S. 465.

(12) L. 14. pr. de tutelis. §. 1. J. h. t.

(13) L. 1. §. 2. C. Th. i. e. L. 13. §. 2. 3. C. de sent. passis (Constantinus 321.) Quibus (minoribus) si damnato patre tutor datus est, necesse est ut ab officio suo recedat, regresso eo, quem — officium suum nulla pravitate corruptum liberis praebere oportet, ut eorum bona tueatur et augeat. Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutatur: ut furioso ac dementi itemque prodigo — non est eorum pecunia committenda:

lenen (14). Ueber die Zulässigkeit derselben haben zu verschiedenen Zeiten verschiedene Grundsätze gegolten. Im ältern Recht nämlich war die Arrogation eines Pupillen oder einer Frau schlechterdings unmöglich, die eines masculus pubes hingegen ohne alle Einschränkung erlaubt. Es ist nämlich allgemeine Regel des jus Quiritium, daß ein Römischer Bürger weder seine Freiheit, noch seine Civität, noch seine Unabhängigkeit anders verlieren kann, als wenn er selbst seine Auctoritas dazu gegeben hat. Selbst ein Beschluß des populus, d. h. der Curiatcomitien würde nichtig gewesen sein, wenn jener Bürger nicht selbst zugleich Auctor geworden wäre (15). Daher hieß auch der Gladiator, welcher sich in die dem Mancipium analoge vitae necisque potestas eines Andern begab, auctoratus. Nun aber haben Frauen und Pupillen keine eigene Auctoritas, die Auctoritas ihrer Tutoren reicht als eine

quin ab administratione fugiat, *neque tutor esse desinat*, omniaque minoris dispendia suis ipse damnis praestet.

(14) L. 14. pr. de tutelis. Or. pro domo c. 13 in fin. Ita perturbatis sacris, contaminatis gentibus et quam deseruisti, et quam polluisti, *jure Quiritium legitimo tutelarum* et hereditatum *relicto*, factus es ejus filius contra fas, cujus per aetatem pater esse potuisti.

(15) Or. pro domo. c. 29. hoc juris a majoribus proditum — ut nemo civis Romanus aut libertatem aut civitatem possit amittere nisi ipse auctor factus sit: quod tu ipse potuisti in tua causa discere. Credo enim quamquam in illa adoptione legitime factum est nihil, tamen te esse interrogatum, auctorne esses, ut in te P. Fontejus vitae necisque potestatem haberet ut in filio? Quaero si aut negasses aut tacuisses, si tamen id XXX curiae jussissent, num id jussum esset ratum? certe non. quid ita? quia jus a majoribus nostris — ita comparatum est, ut civis Romanus libertatem nemo possit invitus amittere.

fremde zur Arrogation nicht hin (16), folglich können sie auch nicht arrogirt werden (17). Ein masculus pubes dagegen hat eigene Auctoritas und kann sich daher beliebig arrogiren lassen, ohne seinen Curator um seine Einwilligung zu fragen (18). Beides hat sich jedoch späterhin geändert. Auf der einen Seite ist nämlich die Arrogation von Frauen und Pupillen unter gewissen Einschränkungen erlaubt worden. Bei Frauen bedarf es jedoch immer erst einer besondern kaiserlichen Dispensation, welche der Kaiser durch ein Rescript als Pontifex maximus ertheilt (19). Bei Pupillen hat sie eine epistula von Antoninus Pius an die Pontifices, wenn eine justa causa vorhanden ist, unter folgenden Bedingungen erlaubt. Einmal müssen die Pontifices eine besonders strenge Untersuchung darüber anstellen, ob die Arrogation dem Pupillen vortheilhaft sei. Am strengsten ist dieselbe, wenn der Vormund selbst seinen Pflegling arrogiren will, weil er sich auf diesem Wege leicht vom judicium tutelae befreien könnte. Diese Arrogation wird daher nur dann erlaubt, wenn der Vormund Stiefvater des Pfleglings ist, weil er ihm dann besonders nahe steht (Thl. III. S. 103.). Zweitens müssen die Tutoren des Pupillen und zwar nach Justinian's Bestimmung s ä m m t l i c h e Tutoren in die Arrogation consentiren, selbst wenn es solche Tutoren sind, bei denen sonst in der Regel die Auctoritas ei-

(16) Gellius N. A. V. 19. tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae ditioni subiiciant.

(17) Gajus I. 101 Ulp. VIII. 5. Epit. I. 5. 2.

(18) Gell. N. A. V. 19.

(19) L. 21. de adopt. L. 1. 5. 9. C. eod.

nes einzigen genügt (Thl. II. S. 302.) Drittens muß der Arrogator einem servus publicus eine Caution dahin leisten: daß er Alles, was er von dem Vermögen des Pfleglings in die Hände bekommen hat, denen restituiren wolle, welche es erhalten haben würden, falls der Arrogirte seinen Status behalten hätte (20). — Auf der andern Seite ist die Arrogation eines Pubes, wenigstens eines Minorennen, auf ähnliche Weise wie die eines Pupillen beschränkt worden. Auch hier ist nämlich eine causae cognitio und probatio nothwendig. Ferner wird die Arrogation dem Curator des Minorennen in der Regel ebenfalls nicht erlaubt, wenn er nicht zugleich Stiefvater des Pflegbefohlenen ist (21). Endlich ist seit Claudius auch hier die „auctoritas" d. h. die Einwilligung des Curators und zwar, wenn der Curatoren mehrere sind, nach Justinian's Constitution die Einwilligung Aller erforderlich, weil es sich um einen Act handelt, durch den die Curatel aufgelöst wird (Thl. II. S. 284.).

2. Eintritt in die manus. Durch Confarreation, Coemption oder Usucapion der Frau wurde ebenfalls jede Vormundschaft aufgehoben, obgleich dieser Aufhebungsgruud aus begreiflichen Ursachen nur bei der Geschlechtstutel genannt wird (22). Natürlich war zu der Coemption die Auctoritas der bisherigen Geschlechtstutoren und zwar wenn die Frau der legitima tutela ihrer Agnaten oder Patrone unterworfen war, die Auctoritas aller Tutoren erforderlich, weil der Ehemann ihnen

(20) L. 18. de adopt.

(21) Thl. III. S. 103.

(22) Boeth. ad Cic. Top. c. 4. vgl. Thl. I. S. 233. Note 18.

ihre Familien- und Erbrechte der Idee nach abkaufen mußte(23). Durch Usucapion also konnte in diesem Fall die Manus überall nicht entstehen, da wenigstens bei der legitima agnatorum tutela den Tutoren nichts ohne ihrer Aller Einwilligung entzogen werden kann(24). Die coemptio aber war ein Mittel, um sich der legitima tutelae, den sacris und der Beschränkung der testamentifactio zu entziehen(25), sobald die Frau durch Abfindung oder etwa durch obrigkeitlichen Zwang ihre gesetzlichen Vormünder dahin brachte, in dieselbe zu consentiren (Thl. I. S. 233.). Doch fiel seit der Lex Claudia und Hadrian's Aufhebung der coemptio testamenti faciendi causa auch die coemptio dicis gratia immer mehr weg (26).

Durch den Eintritt der Frau in eine freie Ehe hört übrigens die Geschlechtstutel und die cura minorum um so weniger auf, als der Ehemann die letztere gar nicht einmal führen kann (§. 72.).

Unsere deutsche Ehe läßt sich insofern eher mit der Rö-

(23) Cic. pr. Flacco. c. 34. Coemptione? omnibus ergo auctoribus: in quibus certe Flaccum fuisse non dices Gajus I. 195. Sed et cum a masculo manumissa fuerit et auctore eo coemptionem fecerit. cf. I. 115. Huschke (de priv. Fec. Hisp. p. 4—33.) behauptete freilich früher eine liberta könne selbst patrono auctore nicht in die Manus kommen; allein dagegen ist Liv. XXXIX. 19. (quia in nullius manu erat) und die Analogie der manus fiduciae causa.

(24) Cic. pro Flacco p. 34. In manum, inquit, convenerat. Nunc audio. Sed quaero, usu au coemptione? Usu non potuit. Nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui.

(25) Gajus I. 115. 115 a. Cic. pro Mur. c. 12.

(26) Cic. Top. c. 4. Gajus I. 115 a. 195.

mischen strengen als mit der freien Ehe vergleichen, als die Ehefrau in die Familie des Mannes tritt und dessen Namen annimmt. Sie tritt aber auch in die eheliche Vormundschaft (§. 26.) ihres Mannes, und deshalb muß der ursprünglichen Regel nach sowohl die frühere Geschlechts- als Altersvormundschaft erlöschen (27). Doch nehmen die neuern Vormundschaftsordnungen besonders bei Verheirathungen an minderjährige Männer nicht selten Fortdauer der Vormundschaft neben der Ehe an (28).

Durch den bloßen Willen des Pupillen hört übrigens so wenig die Tutel als die cura minorum auf (29), obgleich letztere nur auf Bitte des Minorennen angeordnet wird.

Die Folgen der Beendigung der Vormundschaft bestehen, wie bereits an seinem Ort bemerkt wurde, darin, daß der Vormund Rechnung ablegen muß (Thl. III. S. 55 ff.) und seine Administration aufhört, jedoch mit Ausnahme der angefangenen Prozesse, die er bis zu abgelegter Rechnung fortsetzt (Thl. II. S. 463.), für den Pflegling aber, falls er noch eines Vormundes bedarf, eine neue Vormundschaft angeordnet wird (Thl. I. S. 404. 422.), von welcher sich aber der bisherige Vormund bisweilen excusiren konnte (Thl. II. S. 77. 78.).

(27) Erfurter Poliz. Ordn. S. 164. Augsburger V. O. 4, 22. Wimpfener Stadtr. Thl. II. Tit. 4. §. 4. Bair. Landr. V. 5. bei Kreitmayr. Thl. I. Kap. 7. S. 530. v. Leonhardi S. 121. Hamb. V. O. v. 13. 1831. Art. 63. Lübische V. O. v. 11. Oct. 1820. §. 81.

(28) z. B. Preuß. Landr. §. 736—775. Martini Vormundschaftslehre. S. 67.

(29) L. 2. C. h. t.

Siebenter Abschnitt.

Besonderes Vormundschaftsrecht.

I. Vormundschaft erlauchter Personen.

A. Begriff und Geschichte.

§. 207.

Quellen:

Goldene Bulle. Tit. VII. §. 4.
C. G. O. I. 34. §. 13. b. II. 1. 2. R.-A. v. 1570. §. 98. 99.
Wahlcap. Joseph's I. a. 47.

Bearbeitungen:

Moser's Staatsrecht. Bd. XVII. XVIII.
v. Lyncker, von der Vormundschaftsbestellung (vgl. Thl. I. S. XXVI.) Thl. I. S. 145 ff. Thl. II.
Lipenius p. 430. Schott p. 483. Senckenberg p. 402. Madihn p. 1341 unter tutela illustrium.

In den bisherigen sechs Abschnitten dieses Buchs ist das allgemeine Recht der Vormundschaft seiner Römischen Grund=

lage nach und mit sofortiger Berücksichtigung der Modificationen, welche jede Lehre in ihrer Anwendung auf Deutschland erfahren hat, dargestellt worden.

So wie aber neben den meisten allgemeinen Instituten des in Deutschland geltenden Privatrechts, vermöge der persönlichen und Güterverhältnisse der einzelnen Stände, besonders des hohen und niedern Adels und Bauernstandes besondere Ausnahmen und Abweichungen aus der Zeit vor Einführung des Römischen Rechts her fortbestehen, so giebt es auch neben dem allgemeinen Vormundschaftsrecht in Deutschland noch ein besonderes für gewisse Stände und Classen von Personen, welches um so weniger von dieser Darstellung ausgeschlossen werden darf, als die richtigen Grenzen für die Anwendung der bis jetzt entwickelten allgemeinen Bestimmungen erst dadurch völlig klar werden können. Doch wird unsere Darstellung bei dem für dieses Werk gewählten historischen Standpunct, nach welchem das Römische Recht als Mittelpunct der Untersuchung betrachtet wird, die neuern Modificationen desselben aber nur Anhangsweise vorgetragen werden, sich auf die Grundzüge dieser besondern Institute zu beschränken haben.

Das erste unter diesen ist nun aber die deutsche (1) tutela und cura illustrium, unter welchem Ausdruck im weitern Sinn die Vormundschaft des hohen Adels überhaupt, im engern und eigentlichen Sinn aber die sogenannte Staats- oder Regierungsvormundschaft, Regentschaft, Zwischenregie-

(1) Ueber die Römische. vgl. Thl. I. S. 353. 354. Thl. II. S. 88.

rung, d. h. die Vormundschaft über regierende Mitglieder desselben verstanden wird.

Dieses Institut ist zu keiner Zeit in Deutschland nach den Grundsätzen des Römischen, sondern vielmehr großentheils nach denen des ältern deutschen Rechts beurtheilt worden, welches sich unter den eigenthümlichen Verhältnissen des hohen Adels gegen das fremde Recht und selbst gegen die Reichsgesetze behauptet hat.

Vor der Auflösung des deutschen Reichs unterschied man aber in dieser Beziehung zwischen der Vormundschaft des Königs oder Kaisers, und der Reichsstände.

In Ansehung der Vormundschaft des Kaisers stand es fest, daß, da derselbe durch die Wahl in fränkisches Recht trat, die Vormundschaft über ihn bis zum vollendeten achtzehnten Jahre währen müsse. Eben so gewiß war es, daß bei dem Kaiser als solchem so wenig von einer Obervormundschaft, als von einer obrigkeitlichen, vertragsmäßigen oder testamentarischen, sondern allein von einer gesetzlichen Vormundschaft der Mutter (etwa unter Beistand eines Geschlechtsvormundes) und der Schwertmagen die Rede sein konnte, für welche letztern die frühere Geschichte mehrere Beispiele darbot (2). Ob aber diesen Vormündern neben der eigentlichen vormundschaftlichen Verwaltung und Erziehung auch die Anordnung oder Führung der interimistischen Reichsregierung

(2) Dahin gehört die Minderjährigkeit Otto's III., Heinrich's IV. und Friedrich's II. Dittmar. lib. IV. p. 349. Bruno hist. bell. Sax. c. 45. Otto Frising. c. 34. Otto de S Blasio c. 45. Gest. Innocent. n. 23.

gebühre, war eine Frage, welche nur in einem einzelnen Fall einmal, und zwar zu Gunsten der Churfürsten und Reichsvicarien, entschieden werden sollte (3).

In Ansehung der **Reichsstände** hingegen wurde sowohl eine Obervormundschaft als Vormundschaft anerkannt.

Die **Obervormundschaft** über unmündige oder minderjährige Reichsunmittelbare stand dem Kaiser zu, welcher sie durch die beiden höchsten Reichsgerichte dergestalt ausüben ließ, daß dieselben, wenigstens nach der gewöhnlichen Meinung, in dieser Beziehung völlig gleiche Jurisdiction hatten, welche nur bei der Reichsritterschaft durch Concurrenz der Directorien der Cantone beschränkt war (4). Vor dem Tutelarsenat oder den Deputirten dieser Gerichte sollten daher auch nach der Vorschrift der Reichsgesetze die Petitionen, Bestellungen, Beeidigungen, Decrete und Rechnungsabhörungen der Vormünder vorgenommen werden (5), welche Grundsätze jedoch nur bei den Privatpersonen welche von den Reichsgerichten unmittelbar bevormundet wurden (6), vollständige Anwendung

(3) Wahlcap. Joseph's I. a. 47. „Wir sollen und wollen uns auch zu keiner Regierung oder Administration — zu Präjudiz der Reichsvicarien, welche inmittelst die Administration führen — sollen, unterziehen, bis wir das achtzehnte Jahr unsers Alters erreicht und angefangen haben." (Späterhin wurde das 18te Jahr in diesem Fall in das 16te verwandelt. Lünig. Cod. Germ. diplomat. Tom. I. p. 2157.)

(4) Danz Reichsgerichtsprozeß. §. 59. 128.

(5) Concept der C. G. O. Thl. I. Tit. 34. §. 13. R. A. v. 1570. §. 98. 99. C. G. O. I. 76. Concept I. 94.

(6) z. B. im Fall des d. A. v. 1600. §. 26. Concept der C. G. O. Thl. II. Tit. 1. §. 2. Danz a. a. O. §. 52. 53. 59.

fanden, indem bei fürstlichen Vormundschaften Rechnungsablegungen, Inventarien und selbst eigentliche Bestätigungen selten wirklich practisch waren. — Neben der Anordnung war aber auch die Aufhebung der Vormundschaft durch Volljährigkeitserklärung ein Kaiserliches Reservatrecht, von dessen Ausübung auch noch die neuere Geschichte Beispiele lieferte (7).

Bei der eigentlichen Vormundschaft über Reichsunmittelbare trat jedoch noch ein wichtiger Unterschied ein.

Ueber die Vormundschaft der weltlichen Churfürsten enthielt nämlich die goldene Bulle die ausdrückliche Bestimmung, daß, im Fall die Söhne eines verstorbenen weltlichen Churfürsten bei dem Tode des Vaters noch minderjährig sein sollten, der älteste Bruder des Verstorbenen die Vormundschaft und Regierung so lange in eigenem Namen verwalten solle, bis der älteste Sohn und Nachfolger die Großjährigkeit, d. h. das achtzehnte Jahr erreicht habe, in welchem Fall ihm sofort die Churwürde sammt der Stimme ausgeantwortet werden solle (8).

Dagegen fehlte es in Ansehung der Vormundschaften der

(7) Moser's Staatsrecht. T. XVIII. S. 446 ff. Lyncker a. a. O. I. S. 259 ff.

(8) A. B. Tit. 7. §. 4. si Principem Electorem laicum mori et heredes masculos, legitimos, laicos, defectum aetatis patientes relinquere contingeret, tunc frater senior ejusdem primogeniti tutor eorum et administrator existat, donec senior ex eis legitimam aetatem attigerit, quam in Principe Electore decem et octo annos completos censeri volumus, et statuimus perpetuo et haberi, quam dum attigerit, jus, vocem et potestatem et omnia ab ipsis dependentia tutor ipse sibi totaliter cum officio teneatur protinus assignare. vgl. Ludewig's Erläut. der G. B. Thl. I. S. 734 ff.

übrigen Fürsten und Stände des Reichs, da die Vorschriften der Reichspolizei-Ordnungen nur auf Privatpersonen bezogen wurden, an allen reichsgesetzlichen Bestimmungen gänzlich, so daß in Ansehung dieser nur diejenigen Grundsätze als Entscheidungsquellen betrachtet werden durften, welche sich aus der verschiedenen Verfassung der geistlichen (9) und weltlichen Territorien und in den letztern insbesondere aus dem ältern deutschen Herkommen und den darauf gebauten Hausgesetzen der regierenden Familie ableiten ließen.

Seitdem indeß durch die Auflösung der Reichsverfassung und die politische Umgestaltung Deutschlands die Vormundschaft des Kaisers und der Churfürsten, die Obervormundschaft der Reichsgerichte, die sämmtlichen geistlichen Territorien, die Landeshoheit der mediasirten Reichsstände (10) und die Reichsritterschaft gänzlich hinweggefallen sind, hat sich das Recht der Regierungs-Vormundschaft bedeutend vereinfacht.

B. Heutiges Recht.

§. 208.

Es giebt nämlich im heutigen Recht in Ansehung der Mitglieder des deutschen Bundes zwar noch eine Staatsvormundschaft, aber keine Obervormundschaft, indem die Bundes-

(9) so z. B. Peter Anton Freih. von Franck's Deduction üb. die Zwischenregierung im Fürstenthum Prüm. 1781. Fol.

(10) In Ansehung dieser erfolgte die Bestätigung und Ernennung der Vormünder fortan von besondern obervormundschaftlichen Behörden oder vom Oberlandesherrn. Rhein. Bund. IX. 491. Bair. Declaration v. 19. März 1807. Art. 13.

versammlung zwar wohl unter gewissen Voraussetzungen in Streitigkeiten über die Vormundschaft eingreifen kann, hingegen in allen andern Beziehungen in die obervormundschaftlichen Rechte der ehemaligen Reichsgerichte keineswegs eingetreten ist.

Als Gründe dieser Staatsvormundschaft oder Regentschaft kommen nicht nur Unmündigkeit und Minderjährigkeit, sondern auch Geistes- und Gemüthskrankheiten, Mißbrauch der landesherrlichen Gewalt, Prodigalität, grobe Verbrechen, körperliche Krankheiten, langwierige Abwesenheit und Verschollenheit des Regenten vor (1).

Ueber die Delation finden sich gewöhnlich hausgesetzliche (2) oder landesgrundgesetzliche (3) Bestimmungen (Thl. I. S. 386.), nach welchen die Vormundschaft in Gemäßheit des ältern deutschen Rechts der Mutter und dem nächsten volljährigen oder auch ältesten ebenbürtigen Agnaten (Thl. II. S. 35.), entweder allein oder gemeinschaftlich zuzufallen pflegt. Fehlt es an solchen hausgesetzlichen Bestim-

(1) A. B. Tit. 25. §. 3. „si forsitan mente captus, fatuus seu alterius famosi et notabilis defectus existeret, propter quem non deberet seu posset hominibus principari." C. W. Schenck Ueber Regentenbevormundung, Stände und ständische Verfassung. Ilmenau. 1823. — Beispiele finden sich gesammelt bei Klüber öffentl. Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten. 3. Aufl. S. 321. Note b. Zusätze S. 877. 878.

(2) z. B. Bair. Familiengesetz v. 1808. Art. 70 ff. Würtemb. Hausgesetz v. 1808. §. 4. Kurhess. Hausgesetz v. 1817. §. 3.

(3) z. B. Bair. Verfassungsurk. v. 1818. Tit. 2. §. 11—22. Würtemb. Verfassungsvertrag v. 1819. §. 11. ff. Großherzogl. Hess. Verf. Urk. v. 1820. Art. 107.

mungen, so kann die gesetzliche Vormundschaft nach den Grundsätzen des ältern deutschen Rechts (Thl. I. S. 217. 218.) und nach der neuern Observanz der fürstlichen Häuser, welche in dieser Lehre auch heutzutage allein als Entscheidungsnormen betrachtet werden können, nur dem nächsten ebenbürtigen Agnaten und in Ermangelung desselben der Mutter zustehen. Diese gesetzlichen Vormundschaften können indeß da, wo die Hausgesetze und die Verfassung nicht ausdrücklich das Gegentheil vorschreiben, durch eine Bestimmung des unmittelbaren Regierungsvorgängers im einzelnen Fall abgeändert werden, welche jedoch nicht aus dem Gesichtspunct einer testamentarischen Anordnung zu beurtheilen ist, sondern vielmehr als eine Kraft der Staatsgewalt vorgenommene Regentenhandlung betrachtet werden muß. Eine obrigkeitliche Anordnung der Vormundschaft kann hingegen heutzutage nicht mehr vorkommen, da die Bundesversammlung zur Anordnung einer Vormundschaft nicht competent ist.

Die wirkliche Uebernahme der vormundschaftlichen Verwaltung wird durch Patente des Vormundes allgemein verkündet. Eine Beeidigung desselben kommt aber heutzutage nur noch dann vor, wenn die Hausgesetze oder die Landesverfassung sie ausdrücklich vorschreiben. Auch ist er nicht verpflichtet, die Verwaltung selbst zu führen, sondern er kann sie durch einen sogenannten Untervormund, eine substituirte oberste Behörde führen lassen, über welche er sich blos die Aufsicht vorbehält. Besonders im erstern Fall pflegte der Vormund alle Verfügungen in eigenem Namen, mit dem Zusatze, daß es in vormundschaftlicher Regierung des schutzbedürf-

dürftigen Regenten geschehe, zu erlassen. Ueber den Umfang der Verwaltung läßt sich aus dem ältern deutschen Recht, den Grundsätzen der Lehnsvormundschaft und dem Herkommen inter illustres (4) nur die allgemeine Regel ableiten, daß die vormundschaftliche Regierung interimistisch ganz an die Stelle des wirklichen Landesfürsten tritt, folglich alle Regierungsrechte in eigenem Namen in denselben Grenzen, wie dieser, ausüben (5) (Thl. II. S. 352.) und daher selbst die Successionsordnung und die Landesverfassung so weit ändern darf, als der minderjährige Regent selbst es dürfte (6). Da indeß jeder Vormund seine Macht nur zum Besten des Pflegbefohlenen und zum Behuf einer verständigen Administration genießt (Thl. II. S. 353.), so müssen auch hier alle Dispositionen, welche dem Pflegling zum offenbaren Nachtheil gereichen, namentlich alle unnützen Liberalitäten und unentgeltlichen Veräußerungen nichtig sein. Diese Grenzen der vormundschaftlichen Admistration können zwar durch die Hausgesetze, die Verfassung und durch die Verordnung des Regierungsvorgängers noch mehr beschränkt worden, hingegen die übrigen positiven Beschränkungen der Befugnisse eines Privatvormundes (Thl. II. §. 139—143.) sind in dieser Lehre nicht an-

(4) Diesem gemäß leistete der Vormund ehemals auch den Lehnseid in eigenem Namen, und der mündig gewordene Regierungsnachfolger mußte eine zweite Belehnung suchen, bis die Wahlcap. Carl's VI. a. XI. §. 5 und 6. dies änderte.

(5) Zöpfl Die Regierungsvormundschaft im Verhältniß zur Landesverfassung. s. l. 1830. S. 65 ff. Runde Abh. der Lehre von der Interimswirthschaft. ed. 2. Göttingen 1832. S. 39. 40.

(6) Moser's Staatsrecht Bd. XIII. S. 445—486. Zöpfl. a. a. O. S. 73 ff.

wendbar (7). Auch eine Rechenschaft wegen geführter Verwaltung kann heutzutage erst nach Beendigung derselben vorkommen.

Die Vormundschaft erlischt übrigens auch hier ordentlicher Weise durch Wegfallen ihres Grundes. Doch finden sich in Ansehung der Volljährigkeit bei dem Fürstenstande noch eigenthümliche deutschrechtliche Grundsätze. Es hat sich nämlich nicht blos in den ehemals churfürstlichen, sondern auch in vielen fürstlichen Häusern durch Familienobservanz und Hausgesetze der ältere Termin von achtzehn Jahren erhalten und ist sogar nach Auflösung der Reichsverfassung durch neuere Hausgesetze in solchen Häusern eingeführt worden, in welchen früher ein anderer Termin gebräuchlich war (8). In den sächsischen Fürstenhäusern aber besteht noch der ältere sächsische Termin von einundzwanzig Jahren. Wo sich aber ältere Bestimmungen dieser Art nicht mehr erhalten haben, muß heutzutage der gemeinrechtliche Großjährigkeitstermin von fünf-

(7) Schilter Inst. jur. publ. Rom. germ. T. I. p. 123. Atque generalis regula ab initio posita et hic locum invenit, tutores principum pleniorem liberioremque habere administrationem quam privatorum: matremque tutricem posse solam alienare, transigere. Moser's persönl. Staatsrecht. I. S. 533. Zöpfl. a. a. O. S. 60 ff.

(8) Oesterreich: Jos. Freih. v. Hormayr über Minderjährigkeit, Vormundschaft und Großjährigkeit im österr. Kaiserstaate und Kaiserhause. Wien 1808. 8. Braunschweig: Pactum Henrico-Wilhelminum v. 1535, welches aber fast nie zur Anwendung gekommen ist. (Klüber's Staatsrecht, dritte Ausg. S. 320. N. a. Zöpfl a. a. O. S. 81.) Baiern: Familiengesetz v. 1808. Art. 71. Verfass. Urk. v. 1818. Tit. 1. §. 9. Würtemberg: Hausges. v. 1808. §. 5. Verfassungsvertrag v. 1819. §. 9. Familiengesetz v. 8. Juni 1828. Kurhessen: Hausgesetz v. 1817 §. 3.

undzwanzig Jahren angewendet werden. Auch sind die Nachgeborenen, wo nicht die Hausgesetze oder Landesverfassung auch in Rücksicht ihrer einen besondern Volljährigkeitstermin vorschreiben, in der Regel den landesüblichen Großjährigkeitsbestimmungen unterworfen (9). — Eine Volljährigkeitserklärung vor jenem Termine kann aber seit Auflösung der Reichsverfassung in Ansehung der regierenden Herren nicht mehr vorkommen.

II. Lehnsvormundschaft.

Bearbeitungen:

Lipenius p. 366. 367. Schott p. 140. Madihn p. 1341. v. cura, curator feudi. Hervorzuheben ist: J. L. Schröter Abhandl. über die Lehnträger und Lehnvormünder. Leipzig 1801.

A. Begriff und Geschichte.

§. 209.

Eine zweite besondere Vormundschaft ist die Lehensvormundschaft oder die Lehenscuratel (sogenannte tutela oder cura feudalis), d. h. die über unmündige, blödsinnige oder abwesende Vasallen, als solche, Statt findende Vormundschaft. Sie hat ihren Ursprung in ältern deutschen Lehensgewohnheiten, denn das longobardische Lehenrecht kennt auch in

(9) So tritt z. B. in der albertinischen Linie des Hauses Sachsen die Großjährigkeit des regierenden Herrn mit dem 18ten, die der Nachgeborenen mit dem 21sten Jahre ein. Weisse, Staatsr. des Königreichs Sachsen. Bd. I. S. 211.

Rücksicht der Lehenspflichten und der auf das Lehen bezüglichen Geschäfte keine andere Vormundschaft, als die gewöhnliche.

Nach den Grundsätzen des deutschen Lehenrechts aber fallen die Einkünfte des Lehens eines unmündigen Vasallen und der unmündigen Aftervasallen desselben (1) selbst dann dem Lehensherrn an, wenn er dem Kinde auf Ansinnen des Vormundes das Gut selbst verliehen hat (2). In Folge dieses Angefälles dienen des Kindes Vasallen, wenn sie von dem Kinde selbst oder dessen gewöhnlichem Vormunde aufgefordert worden sind, dem Lehensherrn, dieser aber ist Vormund des Gutes und muß es mit den Vasallen des Kindes vertreten (3). Wollte indeß der Herr das Angefälle nicht selbst behalten, so konnte er es einem andern Mann leihen (4). Wenn jedoch das Kind einen Vormund hatte, der zugleich des Herrn Mann war, so war der Herr schuldig, diesem oder dem Kinde selbst den Anfall zu leihen und dann mußte der Vormund selbst die Lehendienste leisten und das Kind vertreten (5). Letzterem stand es jedoch frei, das ihm verliehene Angefälle weiter zu infeudiren (6). Uebrigens hat das verliehene Angefälle kein Lehenrecht: es ist weder Folge, noch Erbrecht daran, sondern es hat ganz

(1) Sächs. Lehnrecht 58, 2. (In Ansehung dieses Rechtsbuchs habe ich bei diesem Abschnitte mich nicht nur des Raths und der Belehrung meines Freundes und Collegen Homeyer zu erfreuen gehabt, sondern auch die von ihm beabsichtigte Ausgabe des Textes in der Handschrift benutzen dürfen.)

(2) Sächs. Lehnr. 26, 5. (nach Homeyer.)

(3) Sächs. Lehnr. 26, 2. Vet. auct. 1, 71. (Senckenberg Corp. jur. med. aevi Tom. II. p. 202.)

(4) Schwäb. Lehnrecht 27, 2.

(5) Sächs. Lehnr. 26, 8. Vet. auct. 1, 72. Schwäb. Lehnr. 27, 3.

(6) Sächs. Lehnr. 58, 1.

den Charakter einer speciellen nießbräuchlichen Vormundschaft (7). In allen Fällen erlischt aber das Angefälle, sobald das Kind stirbt oder zu seinen Jahren kommt, welches letztere mit 13 Jahren 6 Wochen 3 Tagen (8), von der Geburt an gerechnet (9), der Fall ist, und dem Herrn gegenüber durch den alleinigen Eid des Kindes, seines Vormundes oder eines Mitvasallen bewiesen werden kann (10). Von diesem Augenblick an wird das Kind auch nach den Grundsätzen des Lehnrechts handlungsfähig (11), während es vorher weder Zeugniß ablegen (12) noch wirksam über das Gut disponiren (13) noch sich an demselben versäumen konnte (14). Dennoch kann auch das zu seinen Jahren gekommene Kind sich einen Vasallen seines Herrn zum Vormunde wählen, der es im Lehengericht vertrete bis es zu seinen Tagen kommt, welches auch hier, wie im Landrecht, mit 21 Jahren der Fall ist (15).

Aus dieser nutzbaren Vormundschaft des ältern Rechts hat sich nun die im heutigen Recht noch übrige Lehensvormundschaft dadurch entwickelt, daß das Angefälle des Lehensherrn außer Gebrauch gekommen ist, das Verhältniß der übri-

(7) Sächs. Lehnr. 26, 7. 58, 1. Schwäb. Lehnr. 27, 1.

(8) Sächs. Lehnr. 27, 2—4. 6. 9—11. 71, 5. Das Kaiserrecht, 3, 9. läßt die Zugabezahlen weg.

(9) Sächs. Lehnr. 26, 1.

(10) Sächs. Lehnr. 26, 3.

(11) Schwäb. Lehnr. 24, 2. Ein kint, das 13 jar alt ist und 6 wochen, das ist lehnbar; und ist es 14 jar alt, so schwört es wol um sein selbs geschäfft.

(12) Sächs. Lehnrecht 26, 4. Schwäb. Lehnr. 26, 1.

(13) Sächs. Lehnr. 26, 9—11. 31, 1.

(14) Sächs. Lehnr. 26, 2. Vetus auct. 1, 68.

(15) Sächs. Lehnr. 26, 1. arg. Sächs. Landr. 1, 42. §. 1. Vetus auct. 1, 64.

gen Lehensvormünder aber den Charakter einer lediglich zum Vortheil des Mündels gereichenden Vormundschaft angenommen hat (16).

B. Heutiges Recht.

§. 210.

Der heutige Lehnsvormund hat daher ganz die Stellung eines Lehensträgers (1) oder eines Treusträgers oder Treuhänders am Lehen, d. h. er hat die Lehenspflicht des Pupillen zwar in dessen eigenem Interesse, aber im Verhältniß zu Dritten als ein selbstständig Berechtigter und Verpflichteter auszuüben, während der gewöhnliche Vormund, obgleich nach deutschen Rechtsansichten ebenfalls Träger oder Treusträger (Thl. I. S. 2.), außer den Fällen der rechten Vormundschaft, keine eigene Gewere am Vermögen des Schutzbefohlenen, sondern blos eine Vogtei über die Person und die Ausübung der Gewere desselben ansprechen kann (2).

Daher muß der Lehensvormund auch nach heutigem Recht entweder ein Mitbelehnter oder eine andere lehensfähige Person sein und weder die Mutter noch ein Verwandter noch ein im letzten Willen oder durch Verträge ernannter Vormund

(16) Daß diese Veränderung schon im 16ten Jahrhundert vollendet war, erhellt aus einer Anmerkung zu Zobel's Ausgabe des Sachsenspiegels. Leipz. 1561. Fol. 2, 58. „Hodie tamen vasalli minores habent tutores, qui horum nomine dominis serviunt et ideo illi fructus feodi accipiunt inque ipsorum pupillorum usus convertunt."

(1) Bair. Lehensedict §. 138.

(2) Albrecht Gewere S. 231. N. 619. S. 232 ff.

kann wegen seiner Vormundschaft auf die Lehensvormundschaft Anspruch machen (3).

Eben deshalb erfolgt die Bestellung nicht von der gewöhnlichen Obrigkeit, sondern dem Lehensherrn, auch dem Afterlehensherrn als solchem, oder in dessen Namen vom Lehnshofe (4). Doch hat der Staat vermöge seiner Lehnshoheit die gewöhnliche obervormundschaftliche Aufsicht.

Auch bestimmen sich hiernach die Functionen des Lehensvormundes. Er hat die Investitur zu suchen und zu empfangen und dabei den Lehnseid abzulegen, dergestalt, daß eine persönliche Wiederholung nach beendigter Vormundschaft nicht erforderlich ist (5), er muß ferner Alles besorgen, was wegen der Mitbelehnschaften oder Präsentation neuer Mitbelehnten bei dem Lehnshofe zu beobachten ist, und endlich liegt ihm die Bestellung der Gerichte, so wie die Ausübung des Patronatrechts nicht selten allein und die Abschließung der Verträge und Führung der Prozesse über die Substanz des Lehens entweder allein oder in Gemeinschaft mit dem Allodialvormunde ob. Hingegen die gewöhnliche Verwaltung des Lehens und die Entrichtung der Lehensprästanda gebührt diesem letztern gewöhnlich allein und dem Lehensvormund steht in dieser Beziehung nur ein Aufsichtsrecht in der Eigenschaft eines Nebenvormundes zu (6).

(3) Sächs. V. O. Cap. 21. §. 1. Preuß. Landr. §. 997. Bair. Lehensedict §. 138.

(4) Sächs. V. O. Cap. 21. §. 21. Gothasches Lehnsmandat. §. 36.

(5) Wahlcap. a. XI. §. 5. 6. vgl. S. 257. N. 4.

(6) Sächs. V. O. Cap. 21. §. 2. Preuß. Landr. §. 998. 1000.

Die Lehensvormundschaft **erlischt** mit erreichter Lehensmündigkeit, als deren Termin aber nicht mehr die ältere Jahrzahl, sondern der gewöhnliche Volljährigkeitstermin von 25 Jahren zu betrachten ist. Lehenscuratelen über Abwesende oder Blödsinnige erlöschen auf die gewöhnliche Weise (S. 229—232).

In neuern Gesetzen ist übrigens das ganze Institut einer besondern Lehensvormundschaft bisweilen aufgehoben und mit der gewöhnlichen Vormundschaft vereinigt worden (7).

III. Andere Fälle.

§. 211.

Aber nicht blos bei dem hohen Adel und den Vasallen, sondern auch bei den niedern Ständen, soll nach der Behauptung vieler Rechtslehrer neben dem allgemeinen ein besonderes Vormundschaftsrecht anzutreffen sein.

I. Hierher rechnen mehrere Schriftsteller die bei dem **Bauerstande** in vielen Gegenden Deutschlands vorkommende **Interimswirthschaft**, indem sie dieselbe gleich dem Angefälle und der garde noble des französischen Rechts als eine nutzbare Vormundschaft ansehn (1). Allein ungeachtet

(7) Bair. Lehensedict. §. 137. f. jedoch §. 138. Gothaisches Lehensmandat v. 6. Jan. 1800. §. 36. „Die den minderjährigen, blödsinnigen oder — abwesenden Vasallen von ihrer ordentlichen Obrigkeit — bestätigten Vormünder, sind ohne Rücksicht auf Stand und Geschlecht in den Lehensangelegenheiten ihrer Pflegbefohlenen — ebenfalls zu admittiren und es soll daher keinem dergleichen Vasallen — von dem Lehnhofe hinführo noch ein besonderer Lehnsvormund bestellet werden."

(1) An der Spitze dieser Parthei steht Pufendorf Obss. Tom. I. Obs. 47. Tom. IV. Obs. 181. Unter den neuern Schriftstellern ge-

der Gleichartigkeit der ursprünglichen Entstehung und Natur dieser Institute hat die Interimswirthschaft in ihrer spätern Ausbildung ihren Charakter ganz verändert. Die heutige Interimswirthschaft ist ein während der Minderjährigkeit des Anerben auf gewisse Mahljahre zur Erhaltung des Colonats für alle bei derselben interessirten Personen verliehenes Colonatrecht. Der Interimswirth ist als solcher niemals Vormund der Person und des Vermögens des Anerben, bekommt also seine Rechte am Colonat nicht als Belohnung für seine Vormundschaft, sondern Kraft der Verleihung, so daß sich sowohl die Natur als die Dauer seiner Rechte lediglich nach dieser bestimmt. Daher kommt neben der Interimswirthschaft für die Person und das Allodialvermögen des Anerben, wenn solches vorhanden ist, immer noch eine Vormundschaft vor, welche, selbst wenn sie dem Interimswirth ebenfalls übertragen sein sollte, in den Gesetzen immer als ein verschiedenes, der Interimswirthschaft entgegengesetztes Institut behandelt wird (2).

II. Dagegen hat sich allerdings ein besonderes Vormundschaftsrecht unter den Juden erhalten. Das vierte

hören hierher: Mittermaier deutsches Privatrecht §. 437. Phillips deutsches Privatrecht Thl. II. S. 224. Auch in der Preuß. Declaration wegen der Vererbung der Bauerhöfe in den Domainen-Aemtern v. 26. März 1790. (Matthis Jurist. Monatsschr. Bd. III. S. 36. §. 17. 18.) wird der Interimswirth (jedoch nur uneigentlich) Vormund genannt.

(2) Gründlich ist dieses nachgewiesen bei Runde Abh. der Rechtslehre von der Interimswirthschaft ed. 2. Göttingen 1832. §. 6. 25. 26. S. 11. 12. 66—71.

Buch des Schulchan Aruch (3) enthält nämlich über Anordnung einer Vormundschaft, Fähigkeit der Vormünder, Inventur, Verwaltuug, Absetzung, Pubertät und Rechnungsablegung, ausführliche, zum Theil eigenthümliche Bestimmungen. In der That wurden diese abweichenden Grundsätze in der ältern Praxis als ziemlich vollständig anwendbar betrachtet (4). Da indeß in neueren Zeiten den jüdischen Rabbinen und Aeltesten gewöhnlich keine eigentliche richterliche Gewalt mehr zusteht, so gebührt auch die Anordnung der Vormundschaft und die Handhabung der Obervormundschaft den christlichen Vormundschaftsgerichten nach den allgemeinen Landesgesetzen, so daß die Anwendbarkeit des jüdischen Vormundschaftsrechts sich fast auf die Lehre von der Beendigung der Vormundschaften und Curatelen beschränkt, welche in Ansehung ersterer mit 12 und 13 Jahren, in Rücksicht letzterer mit 21 Jahren eintritt (5).

(3) Im Auszuge in Mendelssohn's Ritualgesetzen der Juden. 5. Aufl. Berlin 1826. S. 20—27.

(4) Ein Beispiel liefert das Brandenburgische General-Juden-Privilegium vom 17. Aug. 1750.

(5) Bessel über das bürgerliche Recht der Juden: im Rheinischen Mus. v. 1929. S. 456. 457. Diese Ansicht ist auch in der Preußischen Gesetzgebung bei Juden, die nicht Staatsbürger sind, angenommen. vgl. v. Strombeck Ergänzungen des Allg. Landrechts III. §. 5837. 5839. 5851. 5865. 5930.

Inhalt.

Erster Band.

Einleitung p. VII—XXVI.
I. Quellen.
II. Bearbeitungen.
Erster Abschnitt. Begriff, Natur und Arten der Vormundschaft. S. 1—164.
I. Begriff und allgemeine Natur.
§. 1. A. Begriff der Vormundschaft. — Begriff und Terminologie (2). Charakter 1) als munus publicum (3) 2) als Familienrecht (9).
§. 2. B. Obervormundschaft. Geschichtliche Einleitung (11). — Behörden (13). — Functionen (14).
§. 3. C. Der Familienrath im Verhältniß zur Vormundschaft. Zusammensetzung (17). Functionen (18).
II. Arten der Vormundschaft.
A. Tutel.
§. 4. 1. Begriff und Geschichte. Einleitung (21). — Römischer Begriff (22). — L. 1. pr. §. 1. de tutelis (24). — Kritik der Servianischen Definition (30). — Wesen der Tutel: Auctoritas (31). — Fides oder Officium (40). — Heutiger Begriff (43). — Litterargeschichte des Begriffs (44). — Neuerer Sprachgebrauch (49).
2. Arten der Tutel.
§. 5. Einleitung. Römische genera tutelarum (50). — Neuere Eintheilungen (51).
a. Geschlechtstutel.
§. 6. α. Römisches Recht. Geschichtliche Einleitung (53). — Charakter (55). — Ver-

fall (57). — Aufhebung. L. 1. C. de jure liberorum (59).
§. 7. β. Deutsches Recht. Begriff und Geschichte (61). — Ueberbleibsel (64).
§. 8. b. Pupillentutel. Ursprung (65). — Dauer (67). — Umfang (68).
B. Cura.
§. 9. 1. Begriff und Arten. Begriff (71). Arten (73).
§. 10. 2. Cura ventris et bonorum. Begriff und Voraussetzungen nach Römischem Recht (75). — Neueres Recht (77).
§. 11. 3. Cura bonorum ex edicto Carboniano.
§. 12. 4. Cura pupillorum. Aeltere Ansicht (80). §. 5. J. de curat. (81). Richtige Ansicht. Bei ordentlichen Vormündern (81). — Bei außerordentlichen (83).
5. Cura minorum.
a. Römisches Recht.
§. 13. α. Lex Plaetoria. Aeltestes Recht (92). — Name und Alter der Lex (93). — Capitolin. in Marco c. 10. — Erste Erklärung (95). — Zweite Erklärung (96). — Dritte Erklärung (98)
§. 14. β. Constitution von Marc Aurel. — Umfang der Cura (102). — Nothwendigkeit (106).
§. 15. b. Deutsche Altersvormundschaft. Unterschied zwischen Pubertät und Großjährigkeit (109). — Annahme des Römischen Unterschieds zwischen Tutel und Cura (111). — Aufhebung desselben (113).
§. 16. 6. Cura furiosi. Ursprung (118). — Art der Gemüthskrankheit (119). — Untersuchung derselben (124). — Einfluß des Alters (125) und Geschlechts (127) des Wahnsinnigen.
§. 17. 7. Cura prodigi. Begriff (128). — Ursprung (129). — Rechtsgrund (131). — Erfordernisse: 1) Alter (133). 2) Verschwendung (134). 3) Prodigalitätserklärung (135). — Wirkung derselben (137).
§. 18. 8. Cura debilium personarum. Ursprung (142).

— Einzelne Fälle: Taube und Stumme (142). Blinde. Lahme. Kranke (143). Alte Leute (144).

9. Cura bonorum absentis.

§. 19. a. Römisches Recht (146).

§. 20. b. Deutsches Recht. Ursprung der Curatel über Verschollene (148). Natur (149).

§. 21. 10. Cura bonorum im Concurse. Altes Schuldverfahren (153). Nothwendigkeit eines Curators dabei. Regel (155). Ausnahmen: 1) Dauer der Mission (157). 2) Clarae personae (158). — Justinianisches Recht (160). — Heutiges Recht (161).

§. 22. 11. Cura hereditatis.

Zweiter Abschnitt. Delation der Vormundschaft (164—441). Terminologie (164).

Einleitung. Verschiedene Arten der Begründung (165).

I. Gesetzliche Vormundschaft des Hausvaters.

§. 24. A. Begriff und allgemeine Grundsätze. Einleitung. Begriff und verschiedene Bedeutungen der Familie (167). Römischer Unterschied zwischen der s. g. natürlichen Vormundschaft des Hausvaters und einer wahren Vormundschaft (170). — Auflösung der häuslichen Gewalt als Bedingung jeder wahren Vormundschaft (174). — Deutsche Rechtsansichten (176).

§. 25. B. Väterliche Vormundschaft. Vergleichende Einleitung (179). — Späteres Römisches Recht (180). — Deutsches Recht (181).

§. 26. C. Eheliche Vormundschaft. Vergleichende Einleitung (183). — Römisches Recht (184). — Deutsches Recht (185).

II. Gesetzliche Vormundschaft der nächsten Erben.

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 27. 1. Begriff und Bedingungen. Allgemeine Einleitung (189). — Voraussetzungen: 1) Unabhängigkeit des Pfleglings. 2) Paterfamilias intestatus. Anwendung auf die Tutel (188) — auf die Cura (192).

§. 28. 2. Rechtsgrund der gesetzlichen Vormundschaft. Familienrechtlicher Charakter (194). — Da-

her Unabhängigkeit derselben von der Erbschaft (194). — Unabhängigkeit von andern persönlichen Eigenschaften (196). — In jure cessio (199). — Capitis deminutio (204).

B. Einzelne gesetzliche Vormundschaften.

§. 29. 1. Gesetzliche Vormundschaft der Agnaten und Gentilen. Vergleichende Einleitung (206). — Römisches Recht (208). — Agnaten (209). Gentilen (210). — Untergang dieser Vormundschaft (213). — Deutsches Recht (216).

§. 30. 2. Gesetzliche Vormundschaft des Patrons. Ursprung (219). — Begriff der patronatischen Familie (220). — Tutelfolgeordnung (223). — Patronatische Tutel über Latinen (225). — Justinianisches Recht (226).

§. 31. 3. Gesetzliche Tutel der Manumissoren aus dem Mancipium und der Descendenten derselben. Ursprung (227). — Einzelne Fälle: 1) Manumissio ab extraneo (229). 2) Manumissio a parente (234). — Verfall (239).

§. 32. 4. Gesetzliche Vormundschaft der Cognaten. Aelteres Recht (241). — Justinianisches Recht (242). Begriff — tutela occupatitia. — Rangordnung (243). — Deutsches Recht (244).

§. 33. 5. Gesetzliche Vormundschaft der Mutter und Großmutter. Früheres Verhältniß derselben zur Vormundschaft (246). — Neueres Recht der Constitutionen (250). — Resultat des Justinianischen Rechts (256). — Deutsches Recht (264).

§. 34. 6. Gesetzliche Vormundschaft nicht verwandter Personen (?)

III. Vormundschaft aus letzten Willen und Verträgen.

A. Testamentarische Tutel.

1. Recht zur Bestellung.

§. 35. a. Subjecte desselben. Einleitung (267). — Regel (268). — Anwendungen (270) auf: sui (270) — postumi (272). — uxor in manu (tutoris optio) (274).

§. 36. b. Umfang desselben. Competenz (278). — Wählbarkeit (278). — Testamentifactio

passiva (279). — Sclaven (280). — Minderjährige (284). — Wahnsinnige (285).

§. 37. c. Inhalt desselben. — Ueber die Regel: Tutor personae, non rei vel certae causae datur (287).

2. Handlung der Datio.

§. 38. a. Willensbestimmung. Bedingungen und Zeitbestimmungen (293). — Irrthum (294). — Tutoris datio poenae nomine (295). — Tutor incertus (296). — Arbitrium bei der datio (297). — Interpretativbestimmungen (298).

§. 39. b. Willenserklärung. Aeußere Form (303). — Tutor separatim sine pecunia dari non potest (304). — Innere Form (307). — S. C. Libonianum (309). — Ademtion (310).

§. 40. 3. Wirkung der tutoris datio (310). — Natur der testamentarischen Tutel. Abdicatio (311).

B. Confirmation letztwilliger Vormundschaften.

§. 41. 1. Begriff und Bedingungen. — Mängel der Datio. Fehlendes jus dandi (313). — Mängel in der Form (319).

§. 42. 2. Recht zur Bestätigung und Verfahren dabei. Competente Behörden (322). — Verfahren. Petitio (323). — Inquisitio (323). — Decretum (326).

§. 43. 3. Wirkung des Decrets. Verhältniß vor erfolgter Bestätigung (327). — Wirkung des Decrets (328).

§. 44. C. Letztwillige Vormundschaft des deutschen Rechts.

§. 45. D. Vertragsmäßige Vormundschaft.

IV. Vormundschaft aus richterlicher Anordnung.

A. Recht zur Bestellung der Tutoren und Curatoren.

§. 46. 1. In den Hauptstädten. Lex Atilia (339). — Prätorische Vormünder (342). — Consuln (344). — Tutelarprätor (346). — Stadtpräfect (349). — Kaiser (354).

§. 47. 2. In Italien. Aelteres Recht (355). Justinianisches Recht (357).

§. 48. 3. In den Provinzen. Lex Julia et Titia (357). — Stellvertreter des Statthalters (362). — Stadtgerichte (363).

§. 49. 4. In Deutschland (367).

§. 50. B. Competenz. In Rücksicht des Pfleglings (370). — In Rücksicht des Vormundes (373).

C. Inhalt der Datio.

§. 51. 1. Allgemeine Regeln. 1) Tutor (vel curator) personae datur (376). 2) Tutorem (vel curatorem) habenti tutor (vel curator) non datur (377).

2. Ausnahmen. Specielle und außerordentliche Vormünder.

§. 52. a. Neben einer Potestas.

§. 53. b. Neben einer Vormundschaft.

α. Im Allgemeinen. Arten der Gehülfen (385).

§. 54. β. In litem dandus tutor sive curator. Ursprung (389). — Voraussetzungen (390). — Verfahren (395). — Neueres Recht (397).

§. 55. γ. Andere Fälle. Unmündigkeit und Minderjährigkeit des ordentlichen Vormundes (398). — Abwesenheit (399). — Wahnsinn, Taubheit, Stummsein (402). — Excusation (403). — Andere Verhinderungen (403). — Absetzung (405). — Andere Fälle (406).

D. Verfahren bei der Bestellung.

1. Petitio.

§. 56. a. Recht dazu. Begriff und Grund (406). 1) Eigene Erbittung durch den Pflegbefohlenen (407). Tutela muliebris — Cura minorum (408). 2) Erbittung durch Andere (415). Tutela pupilli. Fälle der Cura (416). Berechtigung. Rangordnung (417). Kosten (418).

§. 57. b. Pflicht dazu. Vormünder — Freigelassene (419). — Cognaten. A) Mutter (420). Voraussetzungen (422). — Inhalt der Pflicht (423). Zeit (426). Strafen (427).

(427). — Ausnahmen (431). — Neustes Recht (433). B) Großältern. C) Andere Cognaten. — Deutsches Recht (434).
§. 58. c. Form der Erbittung (437).
§. 59. 2. Inquisitio (438).
§. 60. 3. Decretum (439). — Bedingungen und Zeitbestimmungen dabei (441).

Zweiter Band.

Dritter Abschnitt. Ablehnung der Vormundschaft.

Quellen (1).
§. 61. I. Begriff und Arten der Entschuldigungen. Unterschied der Excusation und Nomination von der Nichtigkeitsbeschwerde und andern Ablehnungsarten der Vormundschaft (6). — Ursprung — Verschwinden der Nomination (8).
§. 62. II. Allgemeine Bedingungen der Entschuldigung.
III. Gründe der Entschuldigung.
§. 63. A. Begriff und Eintheilungen (15).
B. Excusationes necessariae.
1. Absolute Hindernisse.
§. 64. a. Mangelnde Rechtsfähigkeit (17).
§. 65. b. Eigene Schutzbedürftigkeit (19).
§. 66. c. Moralische Mängel (22).
2. Relative Hindernisse.
§. 67. a. Feindschaft. Voraussetzungen (22). Natur der Excusation (25).
§. 68. b. Status controversia und lis (26).
§. 69. c. Obligatorische Verhältnisse. Aelteres Recht (28). — Nov. 72. (29). — Nov. 94. (31).
§. 70. d. Verschiedenheit des Standes, der Religion und des Wohnortes (34).
§. 71. e. Verbot der Aeltern (36).
§. 72. f. Ehe und Sponsalien mit der Pflegebefohlenen (37).
§. 73. g. Kindschaft (?) (40).
§. 74. h. Verhältniß des Stiefvaters (?).
C. Excusationes voluntariae.

1. Wegen zu großer Beschwerlichkeit der Vormundschaft.

a. Subjective Hindernisse.

§. 75. α. Krankheit des Leibes und der Seele (43).

§. 76. β. Hohes Alter. Voraussetzungen (47). — Wirkung (50).

§. 77. γ. Armuth (51).

§. 78. δ. Mediocritas, rusticitas, domesticae lites (53).

b. Objective Hindernisse.

§. 79. α. Zahl der Vormundschaften (58). Anzahl selbst (58). — Art. (61). — Una domus (62). — Tutelae affectatae (64). — L. 31. de excus. (65 — 71)

§. 80. β. Entfernung des Geschäftskreises des Vormundes. — Ernennung für einen fremden Ort (71). — Ernennung für entferntes Vermögen (73). — Veränderung des Wohnorts (75).

§. 81. γ. Dauer der Administration (77).

2. Wegen des öffentlichen Interesses.

§. 82. a. Magistraturen, Potestates, Curationes (78). — Magistratus Romani (80). — Magistratus municipales. — Magistratus provinciales (83).

§. 83. b. Senatorwürde. Senatores populi Romani (85). — Liberti Senatorum (86). — Curialen (87). Sexprimi (88).

§. 84. c. Abwesenheit in öffentlichen Angelegenheiten. Deposition (90). — Vacatio (91). — Excusatio. — Annalis vacatio (92).

§. 85. d. Consiliarii Principis (96).

§. 86. e. Silentiarii (97).

§. 87. f. Procuratores Caesaris, actores, exactores tributorum, arcarii Caesariani (98).

§. 88. g. Pächter und Colonen von Staatsgütern.

§. 89. h. Geistliche. — Heidnische Priester (103). — Christliche Geistliche (105).

§. 90. i. Professoren und Aerzte (111). Allgemeine

Bestimmungen (112). — Grammatiker (114). Rhetoren (115). — Aerzte (116). — Philosophen (118). — Rechtslehrer (120).

§. 91. k. Mitglieder gewisser Zünfte und Innungen. Einleitung (122). — Fabri. — Navicularii (123). — Mensores frumentarii (126). — Pistores (127). — Suarii (129). Decuriales (130).

3. Wegen eigentlicher Privilegien.

§. 92. a. Jus liberorum. Geschichte (133). — Erfordernisse: Anzahl (134.) — naturales liberi (136). — justi liberi (137). — Geschlecht und Grad (139). — liberi superstites — oder bello amissi (141). — Beweis (445).

§. 93. b. Militairpersonen. Activer Kriegsdienst (147). — Veteranen (148). — Cohortalen (150). — Inquilini castrorum (155). Accensi velati (155).

§. 94. c. Primipilaren (156).

§. 95. d. Athleten.

§. 96. 4. Zusammentreffen mehrerer unvollständiger Excusationsgründe (158).

§. 97. D. Gründe der Potioris Nominatio (159).

IV. Ausnahmen der Excusation und Nomination.

§. 98. A. Gesetzliche Hindernisse. Einleitung (161). — Clientel (162). Ausnahmen (165). — Cognation (167). — Affinität (170) — Collegialität (172).

§. 99. B. Verzichtleistung. Promission (177). — Uebernahme der Tutel (178). — Annahme eines Legats (178).

V. Excusations- und Nominationsprozeß.

§. 100. A. Gericht, Partheien und Stellvertreter. Gericht (184). — Partheien (185). — Procuratoren (186).

B. Verfahren.

1. Einwendung.

§. 101. a. Fatalien. (187). An sich (188). — Berechnung (190).

§. 102. b. Formalien (196).

§. 103. 2. Rechtfertigung 1) Excusation. Fatalien (199). — Instruction (200). — Beweis (201). 2) Nomination. Vorladung (202). — Fatalien (203). — Verfahren (204).

§. 104. 3. Endurtheil und Rechtsmittel. Einleitung (206). Appellation (207). — Nichtigkeitsbeschwerde (208).

Vierter Abschnitt. Verwaltung der Vormundschaft.

I. Antritt der vormundschaftlichen Amtsführung.

§. 105. A. Bestätigung (~~121~~). 211

B. Cautionen.

§. 106. 1. Satisdation. Ursprung (214). — Gericht — Berechtigung (215). Verpflichtung (216). — Form (220). — Weigerung und deren Folgen (221).

§. 107. 2. Caution durch Pfänder (228).

§. 108. 3. Caution durch Eid (229).

C. Bestimmung des Verhältnisses mehrerer Vormünder.

§. 109. 1. Bestimmung eines administrirenden Vormundes. Einleitung (231) — durch satis offerre (233). — durch Auswahl des Vaters, der Vormünder, oder des Magistrats (236). — Wirkungen (237).

§. 110. 2. Theilung der Verwaltung (239). — Art (240). Wirkungen (241).

D. Ermittlung und Sicherstellung des Vermögens.

§. 111. 1. Versiegelung (242).

§. 112. 2. Inventur. — Form (243). — Ausnahmen (245). — Einrichtung (246). — Weigerung (247).

§. 113. 3. Gerichtliche Deposition (247).

§. 114. E. Zwang zur Uebernahme der Verwaltung.

II. Sorge für die Person des Pflegebefohlenen.

A. Erziehung und Unterhalt der Pupillen und Minorennen.

§. 115. 1. Erziehung. Leitung (250). Erzieher selbst. Bestimmung durch letzte Willen (251. —

Angehörige (252). — Fremde (254). — Waisenhäuser (254).

§. 116. 2. Unterhalt des Pupillen und Minorennen, Begriff und Umfang (253). — Wirkungen der versäumten oder verweigerten Alimentation (256). — Mittel des Unterhalts (260).

B. Ehe der Pflegbefohlenen.

§. 117. 1. Verlobung und Verheirathung (261).

§. 118. 2. Ausstattung (264).

§. 119. C. Sorge für Ungeborene und Großjährige (268). Cura ventris — ex edicto Carboniano — cura furiosi — Cura prodigi — Cura debilium — Cura absentis.

III. Einwilligung in die Geschäfte des Pflegbefohlenen.

§. 120. A. Begriff und Arten (270). — Auctoritas — Consensus — deutsches Recht.

B. Nothwendigkeit vormundschaftlicher Genehmigung.

§. 121. 1. Bei mündigen Frauen. — Römisches Recht (272). — Deutsches Recht (277).

§. 122. 2. Bei Pupillen. Einleitung (277). — Civilia negotia (278). — Obligirende Handlungen (279). — Erwerb von Erbschaften (281). — Veräusserungen (282).

§. 123. 3. Bei Minderjährigen. Einleitung (283). Civilia negotia — Obligationen (284). — Erbschaften (286). — Veräußerungen. — Consumtion von Actionen (288). — Judicia (289). — Heutiges Recht (291).

C. Erfordernisse der Einwilligung.

§. 124. 1. In Rücksicht des Vormundes. Verus tutor. (292). — Tutor specialis. — Tutor honorarius (301). L. 4. de auct. (302)

§. 125. 2. In Rücksicht des Geschäftes. — Tutor in rem suam auctor fieri non potest (304). — Beschränkungen der Auctoritas bei der Pupillentutel (309).

§. 126. 3. In Rücksicht der Form. Antheil des Pfleglings (309). — Antheil des Vormundes. Einwilligung (312). — Freier Wille (313).

— Erklärung. Gegenwart (314) Mündlichkeit — Zeit (315). Unbedingtheit (317).
§. 127. 4. Wirkung der Genehmigung (318).

IV. Vertretung des Pflegbefohlenen.

§. 128. A. Allgemeine Grundsätze. Einleitung. Vertretung durch Subjecti des Pflegbefohlenen (320). Vertretung durch den Vormund selbst (321). — Neueres Recht (323).

B. Repräsentation durch Rechtsgeschäfte.

§. 129. 1. Adquisitionen. Erwerb von Vindicationen (324). — Actionen (327). — Exceptionen (331).
§. 130. 2. Passive Obligationen. Regel (334). Utilis actio (336). Während der Dauer der Vormundschaft. — Nach Beendigung derselben (336) — Ausnahmen (338).
§. 131. 3. Repräsentation durch widerrechtliche Handlungen. 1) Regel. Anwendungen. Dolus (340). — Vis (341). — Contumacia u. s. w. (342). 2) Modificationen: Im Fall einer Bereicherung — Ohne diese (345). — 3) Exceptionen aus den Delicten des Vormundes.

V. Administration des Vermögens der Pflegbefohlenen.

A. Von der Administration im Allgemeinen.

§. 132. 1. Begriff und Arten (349).
§. 133. 2. Vollständige Administration. Regel (352). — Einschränkungen (353).
§. 134. 3. Unvollkommene Administration (355).

B. Erhaltung, Bewirthschaftung, Erweiterung und Verwendung des Vermögens.

§. 135. 1. Erhaltung (357) — der Sachen — der Forderungen des Pfleglings (358).
§. 136. 2. Bewirthschaftung. Vergleichende Einleitung. Grundstücke — Sclaven — Handelsgeschäfte (361). — Mündelgelder (362). (— Prätorisches Recht (362). — Recht der Constitutionen (364).)
§. 137. 3. Erweiterung (367). Schenkungen (368). — Erbschaften. In materieller Beziehung (370). — In formeller Rücksicht (371). Bei Necessarii heredes — Voluntarii heredes — Bonorum possessores (372). — Repudia-

tion der Bonorum possessio (374). — Fideicommissarische Erbschaften (374).

§. 138. 4. Verwendung. — Alimente (376). — Abbezahlung der Schulden und Abgaben — Liberalitäten (378). (Dedication, Manumission (379). Nachlaßverträge (380). Gelegenheitsgeschenke (381). Unterstützungen. Ausstattungen) (382).

C. Veräußerung des Vermögens.

§. 139. 1. Geschichte der Veräußerungsverbote. — Altes Recht (384). — Oratio Severi (387). — Intrepretation (389). — Constantinische Gesetzgebung (389). — Justinianisches Recht (392). — Heutiges Recht (393).

§. 140. 2. Umfang des Veräußerungsverbotes hinsichtlich: der Personen (394). — Sachen (396). — Rechte (401). — Handlungen (406). (Alienationen — Willenshandlungen (408). — Ausnahmen) (415).

§. 141. 3. Bedingungen, unter welchen eine verbotene Veräußerung gültig geschehen kann. — 1) Causa alienandi (417). — 2) Causae probatio (419). — Behörden — Competenz (420). — Partheien (421). — Gegenstand — Verfahren (422). — 3) Decret — Form (423) Inhalt — Zeit — Vollstreckung (424). — Wirkung (426).

§. 142. 4. Rechtsmittel wegen ungültiger Veräußerungen. Actio tutelae — Vindication (427): Partheien — Beweislast (428). — Ausgang (430). — Einreden: Doli exceptio (431). — Ratihabition (434). — Verjährung (435).

D. Consumtion der Obligationen des Pfleglings.

§. 143. 1. Annahme von Zahlungen. Jus exigendi (444). — Form (446). — Wirkung (447).

§. 144. 2. Acceptilationen, Cessionen und Novationen (449).

VI. Prozeßführung.

§. 145. A. Recht zur Prozeßführung. Begriff — Anwendungen (450).

§. 146. B. Pflicht zur Prozeßführung. Klage (454). —

Defension (455). — Form derselben (457). — Wirkungen der Unterlassung (459).
§. 147. C. Pflichten während des Prozesses.
§. 148. D. Wirkung der Prozeßführung. Bei Auctoritas (464). — Bei Stellvertretung. Verfahren in jure (464). — Verfahren in judicio (465). — Exceptio rei judicatae (466). — Actio judicati (469).
VII. Verbotene Geschäfte des Vormundes.
§. 149. A. Verbot des Kaufs vom Pflegling. Einleitung (471). — Bedingungen des Verbots (473).
§. 150. B. Verbot des Erwerbs von Forderungen gegen den Pflegling (475).
§. 151. C. Verbot der eigenen Benutzung der Mündelgelder (475).
VIII. Rechnungsführung und Ablegung.
§. 152. A. Rechnungsführung. — Rationes (478). — Calendarium (479).
§. 153. B. Rechnungsablegung (480).

Dritter Band.

Fünfter Abschnitt. Klagen aus der Vormundschaft.
I. Actiones negotiorum gestorum.
A. Actiones directae.
1. Begriff und Arten.
§. 154. a. Actio rationibus distrahendis. Einleitung (1). — Name (2). — Ursprung (3). — Heutige Anwendbarkeit (4).
§. 155. b. Actio tutelae und utilis curationis causa (4). Actio tutelae (5). Actio utilis (6).
§. 156. c. Actio utilis adversus cessantes (8). Aelteres Recht. — Constitutio Marci (9).
§. 157. d. Actio protutelae (11). Einleitung. — Geschichte (12).
2. Von den Personen in den vormundschaftlichen Klagen.
§. 158. a. Vom Gerichtsstande. — Forum (13). Judicium (14).
§. 159. b. Vom Kläger (14).

c. Vom Beklagten.
§. 160. α. Ueberhaupt. Allgemeine Bedingungen (16). Besondere Bedingungen der einzelnen directen Klagen (17). — Bedingungen der actio utilis adversus cessantes (19).
β. Verhältniß mehrerer Beklagten.
§. 161. A. Solidarische Convention (22).
§. 162. B. Beneficium ordinis. Geschichte (28). Nähere Bestimmungen (29).
§. 163. C. Beneficium divisionis (30).
§. 164. D. Beneficium cedendarum actionum (31).
γ. Von den Successoren des Beklagten.
§. 165. A. Von den Erben. Actio rationibus distrahendis (38). Actio tutelae. Succession in das Judicium (39). — Succession in die obligatio. — Eigene Handlungen des Erben (40).
§. 166. B. Von andern Successoren (49).
δ. Von den Stellvertretern des Beklagten.
§. 167. A. Vom Hausvater des Beklagten. Verbindlichkeit des Administrators selbst (50). — Verbindlichkeit des Hausvaters (51). Actio de peculio (51). — De in rem verso (53). — Quod jussu (53).
§. 168. B. Von andern Stellvertrern des Beklagten (54).
§. 169. 3. Zeit der Anstellung dieser Klagen. Bei der Tutel (55). — Bei der Cura (58).
§. 170. 4. Grund der Klagen (59). Actio rationibus distrahendis. Generalklagen. Causa debendi (60). Dauer der Verwaltung (62).
5. Ansprüche des Klägers.
§. 171. a. In der Hauptsache. Actio rationibus distrahendis (65). — Generalklagen. Rationes. Reliqua (67). — Deutsches Recht (68).
§. 172. b. Prästation von Dolus und Culpa. — Dolus (70). — Periculum des Vormundes

(71) — des Protutors (76). — Casus (77).

§. 173. c. Früchte und Zinsen. Früchte (78). — Zinsen. — Empfangene (79). — Pupillarische (80). — Verzugszinsen (82).

§. 174. d. Schätzungseid. Erfordernisse (84). Ableistung (85). — Wirkungen (86).

§. 175. e. Infamie des Beklagten (87).

6. Sicherungsmittel dieser Ansprüche.

§. 176. a. Privilegien und Pfandrechte. — Protopraxie (88). — Pfandrecht (90).

b. Verbot von Geschäften in fraudem tutelae.

§. 177. α. Verbot von Alienationen (92).

§. 178. β. Verbot fiscalischer Pachtungen (93).

§. 179. γ. Verbot der Ehe mit der Pflegbefohlenen. Einleitung (94). — Personen. Vormünder (95). Pflegbefohlene (98). — Verbindung selbst (99). — Wirkungen (99). — Ausnahmen (101).

§. 180. δ. Verbot der Arrogation des Pflegbefohlenen (102).

§. 181. 7. Einreden des Beklagten. Verjährung (103). Prozessualische Consumtion (104). — Zahlung, Vergleich, Compromiß, Eid (107). — Remission (109). — Compensation (111).

§. 182. 8. Verfahren. — Natur. — Gegenstand (113). — Beweismittel (115). — Rechtsmittel (116).

B. Actiones contrariae.

§. 183. 1. Calumniae judicium (117).

§. 184. 2. Contrarium judicium (119). — Einleitung (120). Geschichte — Partheien (121). — Zeit. — Intentio (122). (Sumptus (123) — in tutelam (128) — bona fide (129) facti.) — Condemnatio. — Einreden (130).

§. 185. 3. Extraordinaria cognitio auf Honorar. — Römisches Recht (131). Deutsches Recht (132).

§. 186. II. Actio ex stipulatu. Einleitung (132). Personen (133). — Verhältniß mehrerer Beklagten. Regel (135). — Beneficium ordinis (138). — Beneficium divisionis (139). — Zeit der Anstellung (146). — Intentio (147).

§. 187. III. Actio adversus affirmatores, nominatores, postulatores. Bürgen. — Affirmatoren (149). — Erbitter (150). — Nominatoren (151).

IV. Actio adversus magistratus.

§. 188. A. Begriff und allgemeine Natur (153). SCtum Trajani. — Name (154). — Rechtliche Natur (155).

§. 189. B. Partheien. Kläger (157). Beklagte: (Magistratus (158). — Scriba (154). — Ordo (160). — Heutiges Recht (161) —). Mehrheit der Beklagten. (Beneficium ordinis (162). Beneficium divisionis (164) —) Erben des Beklagten (164). — Der Hausvater desselben (165). — Sicherungen der Klage (166).

§. 190. C. Culpa des Beklagten. Allgemeine Grundsätze (168). — Einzelne Anwendungen (169). Unterlassene Bestellung der Vormünder — der Bürgen (169). — Annahme untüchtiger Bürgen (170). Deutsches Recht (171).

§. 191. D. Zweck und Erfolg (172).

§. 192. E. Ordo conventionis (172).

V. Accusatio suspecti.

§. 193. A. Begriff und Geschichte (176).

§. 194. B. Cognitio suspecti (178).

§. 195. C. Vom Ankläger (181). — Der Pflegbefohlene selbst (181). — Ein Anderer Statt desselben. Berechtigung (182). Verpflichtung (183). — Inquisitionsprozeß (184).

§. 196. D. Vom Beklagten (185).

§. 197. E. Von den Stellvertretern der Partheien (186). Des Anklägers. — Des Beklagten. — Regel (187). — Ausnahmen (188). Cautionen (189).

§. 198. F. Gründe der Remotion. Begriff der Verdächtigkeit (190). Grad der Schuld (192). — Handlungen vor dem Anfang dieser Vormundschaft (193). Einzelne Remotionsgründe (196).

§. 199. G. Folgen des Urtheils. Des absolutorischen Urtheils. — Des condemnatorischen: Remotion (197). — Infamie (198). — Peinliche Strafen (201).

§. 200. H. Verfahren. Allgemeiner Charakter. Beweis-

mittel (203). — Urtheil und Rechtsmittel. — Contumacialverfahren (204).

Sechster Abschnitt. Ende der Vormundschaft.

I. Regelmäßige Erlöschungsgründe.

§. 201. A. Der Tutel.

1. Der Geschlechtstutel. Regel (205). L. Papia Poppaea. (Bedingungen des jus liberorum (206). Wirkungen) (209).

§. 202. 2. Ende der Pupillentutel. Vergleichende Einleitung (211). Aeltere (212) — Neuere Bestimmung der Pubertät bei Männern (216). — Bei dem weiblichen Geschlecht (217). — Canonisches und deutsches Recht (219).

§. 203. B. Auflösung der Curatelen. Cura ventris — Cura ex Carboniano edicto. — Cura pupilli (219). — Cura minorum. (Volljährigkeit (220). — Venia aetatis (221). Bedingungen derselben (222). Behörden (224). — Verfahren (225). — Verheirathung) (227). Cura furiosi (228). — Cura prodigi (229). — Cura debilium. — — Cura absentis. — Cura bonorum (231). — Cura hereditatis (232).

II. Außerordentliche Erlöschungsgründe.

§. 204. A. Beschränkung der Delation (232).

§. 205. B. Ereignisse in der Person des Vormundes. Tod (233). — Capitis deminutio maxima (234). — Capitis deminutio media (236). — Capitis deminutio minima. L. 7. pr. de cap. min. (237). Niederlegung, Entschuldigung, Absetzung. Zweite Ehe (239. 240).

§. 206. C. Ereignisse in der Person des Pfleglings. Tod (240). Capitis deminutio (241).

Siebenter Abschnitt. Besonderes Vormundschaftsrecht.

I. Vormundschaft erlauchter Personen.

§. 207. A. Begriff und Geschichte. Einleitung. Quellen (250). — Vormundschaft des Kaisers (251). — Obervormundschaft über die Reichsstände. — Vormundschaft der Churfürsten (253). — Vormundschaft der übrigen Reichsstände (254).

§. 208. B. Heutiges Recht. Begriff. — Gründe. — Delation (255). — Vormundschaftliche Verwaltung (256). — Auflösung (258).

II. Lehnsvormundschaft.

§. 209. A. Begriff und Geschichte. Angefälle (259).

§. 210. B. Heutiges Recht. — Begriff. — Fähigkeit des Vormundes (262). — Bestellung. — Functionen (263). — Auflösung (264).

§. 211. III. Andere Fälle. Interimswirthschaft? (264). — Vormundschaft über Juden (265).

Quellenregister.

In dasselbe sind nur diejenigen Stellen aufgenommen, zu deren Kritik oder Interpretation beigetragen werden sollte. Bei den Verweisungen bedeutet die erste Zahl den Band, die zweite die Seite, die dritte die Note, wo die Stelle zu finden ist.

I. Römische Rechtsquellen.

A. Vorjustinianische Quellen.

Gaii. Institutionum Lib. I.
§ 164 — I. 210, 15. 211, 20.
§ 193 — I. 183, 1. 207, 3.
§ 194 — III. 209, 19.

Ulpiani Fragmenta.
Tit. XXII. § 19 — I. 274, 25.

Dosithei Interpretamenta.
III. 10. — II. 380, 18.
III. 12. — II. 257, 11.

Codicis Theodosiani.
Lib. II. Tit. 13. De his qui ven. aetatis. — III. 225 ff.
Lib. III. Tit. 17. De tutoribus et curatoribus creandis.
L. 2 — I. 215, 35.
— 3 — I. 352.
Lib. III. Tit. 19. De adm. et peric.
L. 4 — II. 462.
Lib. III. Tit. 21. De praediis minorum.
L. 1 — II. 436.
Lib. XIV. Tit. 9. De studiis liberalibus.
L. 3 — II. 116, 27.

Novellarum Theodosii.
Lib. II. Tit. 11 — I. 429, 50.

Fragmenta Vaticana.
§ 1 — II. 275, 23. 26.
§ 83 — II. 16, 8.
§ 99 — I. 171.
§ 110 — II. 265, 6.
§ 117 — II. 39, 4.
§ 128 — II. 61, 12.
§ 130 — II. 45, 7. 8.
§ 134 — II. 99.
§ 137 — II. 125.
§ 138 — II. 155, 42.
§ 145 — II. 147, 1.
§ 148 — II. 103.

§ 149

§ 149 — II. 118, 34.
§ 151 — II. 170.
§ 155 — II. 8, 194, 36. 37. III. 9.
§ 156 — II. 196.
§ 158 — II. 160, 3.
§ 167 — II. 202, 11.
§ 168 — II. 137.
§ 170 — II. 137, 25.
§ 172 — I. 279, 5.
§ 173 — II. 72, 4.
§ 174 — II. 81.
§ 185 — II. 56, 14.
§ 193 — II. 135, 18.
§ 194 — II. 138.
§ 199 — II. 142.
§ 205 — I. 73, 11. II. 180.
§ 208 — II. 204, 17.
§ 211 — II. 14, 10.
§ 212 — II. 175, 53.
§ 216 — II. 168.
§ 217 — II. 169.
§ 218 — II. 171.
§ 219 — II. 171.
§ 220 — II. 164.
§ 221 — II. 167, 16.
§ 223 — II. 170.
§ 224 — II. 163.
§ 229 — I. 292.
§ 233 — II. 128, 32.
§ 244 — I. 347, 39. II. 53.
§ 249 — II. 368.
§ 283 — I. 294, 2.
§ 293 — II. 404, 39.
§ 336 — I. 78, 3.
§ 339 — III. 87, 1.
§ 340 — III. 187, 2. 188, 6. 190, 9.

Paulli Sententiae receptae.
Lib. III. Tit. 4 a. § 6 — I. 334.
§ 7 — I. 129.
§ 12 — III. 230.
Lib. V. Tit. 16. § 2 — I. 347, 38.

B. Justinianische Quellen.

Institutionum.

Lib. I. Tit. 14. Qui testamento tutores dari possunt.
§ 4 — I. 288.
Lib. I. Tit. 19. de fiduciaria tutela.
§ un. — I. 237, 28.
Lib. I. Tit. 20. de Atiliano tutore.
§ 4 — I. 351.
§ 5 — I. 366.
Lib. I. Tit. 23. de curatoribus.
§ 2 — I. 288.
§ 3 — I. 351.
§ 4 — I. 123.
§ 5 — I. 81.
Lib. I. Tit. 25. de excusationibus tutorum vel curatorum.
§ 3 — II. 79.
§ 8 — II. 54.
§ 11 — II. 25.
§ 16 — II. 12.
§ 19 — II. 38, 12.
Lib. I. Tit. 26. de suspectis tutoribus vel curatoribus.
§ 3 — II. 181, 3.
§ 2 — II. 186, 8.

Digestorum.

Lib. II. Tit. 14. de pactis.
L. 10 § 2 — II. 333, 25.
— 15 — II. 333, 25.
— 26 § 1 — II. 333, 25.

Lib. III. Tit. 5. de negotiis gestis.
L. 30 — III. 36, 17. 158, 4.

Lib. IV. Tit. 4. de minoribus XXV annis.
L. 2 — III. 222, 13.
— 22 — I. 161, 30.

Lib. IV. Tit. 5. de capite minutis.
L. 7 pr. — III. 237.

Lib. VI. Tit. 2. De Publiciana in rem actione.
L. 13 § 2 — II. 387, 17. 429, 7.

Lib. XIII. Tit. 5. de pecunia constituta.
L. 5 § 7 — II. 330, 17.

Lib. XIV. Tit. 1. De exercitoria actione.
L. 1 § 4 — I. 173, 12.
— § 16 — II. 274, 14.
— § 21 — II. 173, 12.

Lib. XIV. Tit. 3. De institoria actione.
L. 7 § 1 2 — I. 173, 12. II. 274.

Lib. XIV. Tit. 4. de tributoria actione.
L. 3 § 1 — II. 346, 24.
— 5 § 2 — I. 173, 12.

Lib. XV. Tit. 1. de peculio.
L. 1 § 2–4 — I. 173, 12.
— 7 § 3 — I. 173, 12.
—21 § 1 — II. 346, 24.
—27 pr. — II. 274.
—52 pr. — III. 52.

Lib. XV. Tit. 4. Quod jussu.
L. 1 § 9 — II. 321, 7.
— 2 § 1 — I. 173, 12.

Lib. XIX. Tit. 2. Locati conducti.
L. 15 § 9 — 19 pr. — II. 371.

Lib. XXIII. Tit. 2. De ritu nuptiarum.
L. 20 — II. 252, 6.

Lib. XXIII. Tit. 3. De jure dotium.
L. 60 — II. 264, 14. 265, 9.
— 61 pr. — II. 266, 12.
— — § 1 — 265, 7. 10. 266, 11. 12.

Lib. XXVI. Tit. 1. De tutelis.
L. 1 pr. — I. 24—30.
— § 1 — I. 30.
L. 3 pr. — I. 70. 71.
— § 2 — I. 390, 3.
L. 6 § 4 — I. 175, 23.
— 10 — I. 374, 21.
— 12 — I. 401, 20.
— 13 pr. — I. 388.
— 14 § 4 — III. 198, 4.
— 15 — III. 235.
— 16 pr. — I. 250, 16.
— — § 1 — I. 195.

Lib. XXVI. Tit. 2. de testamentaria tutela.
L. 11 — I. 190.
— 12—15 — I. 288.
— 16 § 1 — I. 302.
— — § 5 — I. 274, 27.
— 26 § 2 — I. 321, 23.
— 27 — I. 321, 23.
— 31 — I. 321, 23.
— 32 § 2 — I. 280, 7.
— 33 — I. 300. 301.

Lib. XXVI. Tit. 3. de confirmando tutore vel curatore.

L. 4 — I. 325, 18.
— 6 — I. 313, 4.
— 7 pr. — I. 317.

Lib. XXVI. Tit. 4. de legitimis tutoribus.
L. 1 § 2 — I. 379, 12.
— 3 § 10 — I. 233, 34. 36.
— 10 pr. — I. 197, 6.
— — § 1 — I. 402, 25.
— 11 — I. 402, 25.

Lib. XXVI. Tit. 5. De tutoribus et curatoribus datis cet.
L. 7 — I. 398, 4.
— 8 § 3 — I. 71.
— 9 — I. 386, 6. 398, 6.
— 11 — I. 400, 10.
— 15 — I. 401, 16.
— 21 § 4 — II. 375, 23.
— 22 — II. 88, 13.
— 24 — I. 355, 3.

Lib. XXVI. Tit. 6. Qui petant tutores vel curatores et ubi petantur.
L. 2 § 2 — I. 421.
— 4 § 1 — I. 423, 20.

Lib. XXXVI. Tit. 7. De administratione et periculo tutorum et curatorum cet.
L. 1 § 1 — III. 10.
— 5 § 7 — III. 110, 28.
— 9 § 9 — I. 83.
— 10 — II. 457.
— 12 § 3 — II. 381, 23.
— 13 § 2 — II. 381, 24.
L. 22 — II. 468, 14. 15.
— 23 — II. 468, 14. 15.
— 30 — II. 456, 10.
— 31 — III. 23.
— 32 pr. — I. 83.
— 33 pr. — III. 72, 8.
— — § 1 — I. 411.
— 36 — II. 240, 1. 241, 9. 453, 18. 20.
— 37 § 2 — III. 53, 7. 8.
— 39 § 13 — III. 108, 21.
— 43 § 11 — II. 265, 10. 266. 267.
— 44 pr. — III. 62, 18.
— — § 1 — III. 90, 12.
— 45 — III. 27, 23.
— 46 § 1 — III. 173, 7.
— 48 — II. 351.
— 51 — III. 141, 24.
— 57 pr. — III. 73, 9.
— 58 § 2 — I. 305, 12.
— 61 — II. 346, 23.

Lib. XXVI. Tit. 8. De auctoritate et consensu tutorum et curatorum.
L. 4 — II. 302.
— 12 — II. 306, 11.
— 19 — I. 38, 83.

Lib. XXVI. Tit. 9. Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.
L. 2 — II. 325.
— 4 — II. 347, 25.

Lib. XXVI. Tit. 10. De suspectis tutoribus et curatoribus.
L. 1 § 6 — III. 181, 3.

L. 3 § 7 — III. 194, 12.
— § 8 — III. 194, 18.
— 4 § 4 — III. 186, 8.
— 9 § 5 — III. 200, 20.

Lib. XXVII. Tit. 1. de excusationibus.
L. 6 § 9 — II. 53.
— — § 15 — I. 4, 7. 5, 16. 6, 19.
— 8 § 7 — II. 174, 48.
— — § 12 — II. 175, 52.
— 13 pr. — II. 12.
— — § 2 — II. 189, 8
— — § 10 — II. 197.
— 14 pr. — II. 164.
— — § 1 — II. 165.
— 17 § 4 — II. 81.
— — § 5 — II. 79.
— — § 6 — II. 125.
— 18 — II. 143.
— 20 — II. 27, 7.
— 22 § 1 — II. 79.
— 25 — II. 200.
— 31 pr. — II. 65, 67
— — § 1 — II. 68.
— — § 2 — II. 65, 69
— — § 3 — II. 65, 69
— 32 — II. 183, 23.
— 33 — II. 183, 23.
— 34 — II. 183.
— 35 — II. 182.
— 45 pr. — II. 95.
— — § 1 — II. 93.
— — § 3 — II. 72, 4. I. 350, 55.

Lib. XXVII. Tit 2. Ubi pupillus educari vel morari debeat.
L. 6 — III. 189, 8.

Lib. XXVII. Tit. 3. De tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione.
L. 1 pr. — III. 72, 8.
— — § 2 — III. 382, 26. 387, 16.
— — § 15 — III. 173, 7.
— — § 21 — III. 2, 4.
— 2 pr. — III. 2, 4.
— — § 1 — III. 105, 5.
— 4 § 1 — III. 51, 2.
— — § 2 — III. 106, 9.
— — § 3 — III. 58.
— 9 § 1 — I. 198, 11.
— — § 2 — I. 347, 40.
— 10 — III. 61, 13.
— 16 pr. — III. 146, 36.
— — § 1 — III. 146, 36.
— 18 — III. 16, 7.
— 20 § 1 — III. 35, 15.
— 21 — III. 35, 16.

Lib. XXVII. Tit. 4. De contraria tutelae et utili actione.
L. 1 pr. — III. 121, 4.
— § 3 — III. 58.
— 3 § 3 — II. 477, 10.

Lib. XXVII. Tit. 5. De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.
L. 2 — II. 385, 7.
— 4 — III. 76.

Lib. XXVII. Tit. 6. Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.
L. 1 § 1 — II. 293.
— 7 § 3 — II. 298.
— 10 — II. 296.
— 12 — II. 299.

Lib. XXVII. Tit. 7. De fidejussoribus et nominatori-

bus et heredibus tutorum et curatorum.
L. 4 §4 — III. 146,36.
— 6 — III. 142,25.
— 7 — III. 137,12. 143,145.
— 8 §1 — III. 39, 4.
Lib. XXVII. Tit. 8. De magistratibus conveniendis.
L. 1 §9 — III. 163,18.
— 2 — III. 158, 4.
— 3 — III. 158, 4.
— 6 — III. 164,23.
Lib. XXVII. Tit. 9. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.
L. 1 §2 — II. 388.
— 3 §1 — II. 413,88.
— 5 §4 — II 403,34.
— 8 §1 — II. 394,13.
— 13 §1 — II. 432,15. 17. 19.
Lib. XXVII. Tit. 10. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.
L. 1 pr. — I. 129. III. 229.
— 4 — — II. 41.
— 7 §1 — II. 223.
— §2 — II. 224.
— §3 — II. 232.
— 10 pr. — I. 137, 39.
— 15 — — I. 134, 19.
— 16 — — I. 134.
— 17 — — II. 379, 11; 387, 16.
Lib. XXIX. Tit. 2. de adquirenda vel omittenda hereditate.
L. 5 §1 — I. 140, 51.
— 8 pr. — II. 274, 7. 281, 22.
— §1 — I. 173, 12.
— 49 — — II. 303.
— 90 — — II. 372, 14.
Lib. XXX. de legatis et fideicommissis I.
L. 111 — II. 180.
Lib. XXXIII. Tit. 1. de annuis legatis et fideicommissis.
L. 7 — II. 252, 12.
Lib. XXXIV. Tit. 3. de liberatione legata.
L. 28 §4 — III. 109, 25.
— 31 §2 — III. 109, 25.
Lib. XXXVI. Tit. 1. ad S. C. Trebellianum.
L. 37 pr. — II. 283, 36.
— §1 — II. 283, 36.
— 41 — II. 274. 18.
— 65 §3 — II. 375.
Lib. XXXVII. Tit. 9. de ventre in possessionem mittendo.
L. 1 §. 23 — I. 18, 5.
Lib. XXXVIII. Tit. 17. ad S. C. Tertyllianum et Orphitianum.
L. 2 § 24 — I. 420, 6.
— § 25 — I. 249, 14.
— § 39 — I. 423, 20.
— § 44 — I. 83.
Lib. XL. Tit. 1. de manumissionibus.
L. 13 — II. 370, 16.
Lib. XLII. Tit. 5. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendendis.
L. 9 — I. 161, 30.
— 32 — III. 191.
Lib. XLII. Tit. 7. de curatore bonis dando.
L. 2 — I. 161, 30.
— 5 — I. 161, 30.
Lib. XLIII. Tit. 4. Ne vis

fiat ei, qui in possessionem missus est.
L. 1. § 6 — II. 346, 24.
Lib. XLIII. Tit. 30. de liberis exhibendis item ducendis.
L. 3 § 6 — III. 214, 18.
Lib. XLIV. Tit. 4. de doli mali et metus exceptione.
L. 4 § 18 — II. 348.
— § 23 — II. 349.
— § 24 — II. 385.
— § 25 — II. 349.
— 11 pr. — II. 349.
Lib. XLIV. Tit. 7. de obligationibus et actionibus.
L. 43 — II. 285.
Lib. XLV. Tit. 1. de verborum obligationibus.
L. 101 — II. 285.
— 141 § 2 I. 170.
Lib. XLIV. Tit. 1. de fidejussoribus et mandatoribus.
L. 69 — II. 305, 9.
Lib. XLVI. Tit. 2. de novationibus et delegationibus.
L. 9. pr. — III. 146.
Lib. XLVI. Tit. 3. de solutionibus et liberationibus.
L. 45 — II. 445, 6.
— 88 — II. 445, 4.
Lib. XLVI. Tit. 6. Rem pupilli vel adolescentis salvam fore.
L. 4 § 7 — III. 146, 35.
— 12 — III. 23. 143, 28.
Lib. XLVII. Tit. 8. Ratam rem haberi et de ratihabitione.
L. 9 — I. 161, 30.
Lib. XLVII. Tit. 2. de furtis.
L. 53 § 3 — III. 77, 22.
— 85 — III. 77, 21.
Lib. XLIX. Tit. 1. de appellationibus et relationibus.
L. 17 — I. 38.
Lib. XLIX. Tit. 17. de castrensi peculio.
L. 18 § 2 — I. 139, 45.
Lib. L. Tit. 1. ad municipalem et de incolis.
L. 2 § — I. 11. 2. III. 166, 30.
Lib. L. Tit. 5. de vacatione et excusatione munerum.
L. 8 § 2 — II. 155. 40.
— 10 § 1 — II. 127. 23.
Lib. L. Tit. 8. de administratione rerum ad civitates pertinentium.
L. 2 § 9 — III. 33, 6. 37, 19.
Lib. L. Tit. 16. de verborum significatione.
L. 239 § 3 — I. 6, 17.
— 242 — I. 175, 20.
Lib. L. Tit. 17. de diversis regulis juris antiqui.
L. 29 — II. 316, 27.
— 40 — I. 140.
— 73 pr. — I. 198, 11.
— 198 — II. 342, 10.

CODICIS.

Lib. I. Tit. 3. de episcopis et clericis.
L. 52 — II. 107.
Lib. II. Tit. 22. de in integrum restitutione minorum.
L. 3 — I. 138. II. 287.
— 4 — II. 224.

Lib. II. Tit. 18. Si adversus venditionem.
L. 2. — — II. 300. 31.
Lib. V. Tit. 28. de testamentaria tutela.
L. 4 — I. 319, 17.
— 5 — I. 283, 16.
Lib. V. Tit. 30. de legitima tutela.
L. 3 — I. 215, 36.
— 4 — I. 239, 41.
Lib. V. Tit. 31. Qui petant tutores vel curatores.
L. 6 — I. 249, 15.
Lib. V. Tit. 32. de tutoribus vel curatoribus illustrium vel clarissimarum personarum.
L. 1 — I. 352. 353, 62. III. 161, 12.
Lib. V. Tit. 34. Qui dare tutores vel curatores possunt, et qui dari non possunt.
L. 10. — I. 379, 380.
Lib. V. Tit. 35. Quando mulier tutelae officio fungi potest.
L. 1 — I. 249, 15.
Lib. V. Tit. 37. de administratione tutorum vel curatorum.
L. 2 — III. 58.
— 14 — III. 58.
— 22 — II. 390. 391. 410, 65.
Lib. V. Tit. 39. Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel convenire possunt.
L. 5 — II. 327.
Lib. V. Tit. 42. de tutore vel curatore qui satis non dedit.
L. 2 — II. 228, 76.
— 3 — II. 224.
Lib. V. Tit. 51. Arbitrium tutelae.
L. 2 — III. 74.
— 3 — II. 326. III. 6, 11.
— 13 § 1 — II. 246. 14.
Lib. V. Tit. 54. de heredibus tutorum vel curatorum.
L. 1 — III. 42,
Lib. V. Tit. 56. de usuris pupillaribus.
L. 1 — II. 478, 14.
Lib. V. Tit. 57. de fidejussoribus tutorum vel curatorum.
L. 2 — III. 137. 12, 138. 15.
Lib. V. Tit. 62. de excusationibus et de temporibus earum.
L. 16 — II. 27, 6. 7.
— 23 — II. 57.
Lib. V. Tit. 70. de curatore furiosi vel prodigi.
L. 1 — I. 127, 20.
— 7 pr. — I. 180, 5.
Lib. V. Tit. 72. Quando decreto opus non est.
L. 4 — II. 390.
Lib. V. Tit. 73. Si quis ignorans rem minoris esse sine decreto comparaverit.
L. 3. — II. 436, 40.
Lib. V. Tit. 74. Si major factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit.
L. 3 — II. 396, 8—10; 438, 48; 442, 61. 63. 64; 442, 68. —
Lib. V. Tit. 75. de magistratibus conveniendis.
L. 1 — III. 137, 12; 164, 21.

L. 4 — III. 174, 10.
— 5 — III. 174, 10.
Lib. VI. Tit. 38. de verborum et rerum significatione.
L. 4. — I. 298.
Lib. VII. Tit. 4. de fideicommissariis libertatibus.
Lib. 9 — I. 283, 16.
Lib. VII. Tit. 62. de appellationibus et consultationibus.
L. 17 — III. 179, 3.
Lib. VIII. Tit. 59. de jure liberorum.
L. 1 — I. 59, 69.
Lib. X. Tit. 49. Qui aetate vel professione se excusant.
L. 3 — II. 48.
Lib. X. Tit. 54. de his qui non impletis stipendiis sacramento soluti sunt.
L. 3 — II. 151.
Lib. XI. Tit. 18. de studiis liberalibus.
L. un — II. 116, 27.
NOVELLAE.
Nov. 72 pr. — II. 29.
— c. 1 — II. 30.
— c. 4 — II. 31.
— c. 6 — II. 366, 27. 28.
— c. 7 — II. 366.
— c. 8 — II. 261. 367.
— 94 c. 1 — II. 31.
— 123 c. 5 — II. 108.
— 155 pr. — I. 255.
— c. 1 — I. 256.

C. Nachjustinianische Quellen.

GESTA REATINA I. 257, 46. — 357, 10. — 390, 4. — 391, 7. 296, 23. — — 424, 23. — 437, 4. 441, 13. 14. 16. — II. 216, 17. 220, 45. — 221, 50. 51. 52. 54. — 229, 1. —
GESTA DE INSTRUMENTO PLENARIAE SECURITATIS I, 155, 10. II, 110, 37. — 449, 3. — 454, 24.
THEOPHILI PARAPHRASIS.
Lib. I. Tit. 20. de Atiliano tutore cet.
§ 4 — I. 238, 33.
Lib. I. Tit. 23. de curatoribus.
§ 5 — I. 366, 36.
Lib. I. Tit. 25. de excusationibus tutorum vel curatorum.
§ 11 — II. 25.
BASILICORUM.
Lib. XXXVIII. 1. 17. — II, 82, 12.

II. Kirchliche Rechtsquellen.

CONCIL. CHALCEDON. a. 451. c. 3 — II. 105.
— AURELIAN. a. 541. c. 13 — II. 108.

III. Germanische Rechtsquellen.

AUREA BULLA Tit. VIII. § 4 — III.
ORD. POLIT. 1548.
Tit. 31 § 1 — I. 114 — 117. 415.
— § 2 3 — III. 161, 15.
ORD. POLIT. 1577.
Tit. 32 § 1 — I. 114 — 117. 415.
— § 2 3 — II. 229, 4. 231, 4. 480, 3. 481, 6. III. 161, 15.

Ver-

Verbesserungen und Zusätze.

Erster Band.

S. XX. Z. 2. adde: V. O. v. 13. Juli 1831. (Dazu: Kurzer Unterricht über die Hamburgische V. O. v. M. H. Hudtwalker, der Rechte Doctor und Senator, Hamburg 1831.)

— — Z. 21. V. O. v. 11. October 1820. — Bekanntmachung v. 3. Februar 1830. Die Anwendung des §. 43. der V. O. betreffend.

S. XXVI. Z. 26. adde: 33. die gesammte Preußische Gesetzgebung betreffend das Vormundschaftswesen, zusammengestellt und commentirt von einem practischen Juristen. Breslau. 1834. 8.

S. 21. Note 59. adde: Vat. Fragm. §. 36., wo aber de illo nicht mit v. Buchholtz in illa a zu emandiren ist.

S. 46. Z. 18. Statt: 1467 lies: 1556.

S. 180. Z. 1. Statt: genau lies: ungefähr.

— — Note 3. sind die Worte „auch nach Justinianischem Recht" zu streichen.

S. 181. Z. 4. Statt: von dritten Personen lies: von andern Personen.

S. 187. Z. 6. ist „noch" zu streichen.

— — Z. 7. ist „mündigen" zu streichen.

S. 264. Note 82. adde: L. Burg. 85, 1.

S. 302. Z. 10. 11. Statt: daß dieser unter ihnen gemeint sei. Kann er nun von keinem von Beiden darthun u. s. w., lies: daß er gemeint sei. Kann nun keiner von Beiden darthun.

S. 313. Note 3. adde: L. 39. §. 1. de adm.

S. 318. Note 15. adde: L. 47. §. 3. de adm.

S. 321. Note 23. Eine etwas abweichende, sehr sinnreiche Erklärung dieser Stellen hat neuerdings v. Buchholtz in seiner Exercitatio juris civilis de confirmandis tutoribus. Regim. 1833. p. 59. aufgestellt.

S. 363. Z. 8. adde: Nach einer Constitution vom Jahre 427 hat aber jeder vicarius rectoris die tutoris und curatoris datio. L. 2. C. de off. ejus, qui vicem.

S. 364. Z. 19. Statt darunter, lies: nicht.

S. 374. Note 15. adde: Vat. Fr. §. 146.

— — Note 20. adde: L. 30. §. 1. de excus.

S. 473. Note 21. adde: Incola ist aber nicht, wer im Stadtgebiet auf dem Lande wohnt. Modestin. Lib. 1. excus. L. 35. ad muncip.

S. 425. Note 27. ist Statt: die Uebersetzung des Burgundio zu lesen: die alte Uebersetzung. Vgl. v. Savigny's Gesch. des Röm. Rechts. Bd. III. S. 445. Bd. IV. S. 341.

S. 438. Z. 1. ist das Wort „übrigen" zu streichen.

S. 431. Z. 2. ist das Wort „noch" überflüssig.

Zweiter Band.

S. 42. Note 1. adde: Vat. Fr. §. 109.

S. 130. Z. 7. Statt: Praefectus annonae lies: Praefectus Urbi.

— — Z. 10—16. und Note 37: Ich halte jetzt v. Savigny's Conjectur zu Vat. Fr. §. 236. Statt: sed non eis dari — sed nunc eis dari u. s. w. für richtig, durch welche Annahme die im Text versuchte Erklärung überflüßig wird.

S. 227. Note 72. Z. 13. Statt: Ao Ao lies: Gajo Sejo.

S. 255. Note 2. adde: Vgl. jedoch L. 1. C. Th. de stud. lib. (370)

S. 259, Note 21. adde: L. 13. pr. de adm.

S. 275. Z. 26. ist Statt „Ausnahmen" „Modificationen" zu lesen, und der Schluß: „wo Usucapion des bonitarischen Eigenthums gemeint ist." wegzustreichen.

S. 377. Note 3. Z. 2. adde: L. 5. C. Th. de adm.

Dritter Band.

S. 86. Note 13. adde: Consult. c. 9. (Hugo Jus civ. antej. p. 1496.)

Druckfehler.

Erster Band.

S. 41. Z. 9. 12. 13. und Note 59. Z. 5. lies Statt: imfamirt, Imfamia: infamirt, Infamia.
— 141. Z. 18. Statt: 7. lies: 8. Ebenso ist in den Ueberschriften der §§. 19. 21. 22. Statt: 8. 9. 10. zu lesen: 9. 10. 11.
— 151. Z. 13. Statt: de dolo lies: ex dolo.
— 175. Note 23. Z. 4. Statt: just lies: jus.
— 201. Z. 18. Statt: Patoni lies: Patroni.
— 206. Z. 19. Statt: ἀγχιςεῖς lies: ἀγχιςεῖς.
— 207. Z. 11. Statt: ἀγχιςεῖς lies: ἀγχιςεία.
— 212. Note 26. Z. 2. Statt: bezeichnen lies: bezeichne.
— 214. Z. 5. Statt: Geschlechtstel: lies Geschlechtstutel.
— 221. Z. 11. ist „nach" zu streichen.
— 225. Z. 8. Statt: Eigenthum lies: Eigenthümer.
— 233. Z. 9. Statt: Potetestas lies: Potestas.
— 239. Note 38. Statt: namerantur lies: numerantur.
— 245. Z. 11. Statt: Mütter lies: Mutter.
— 250. Z. 12. Statt: die Concubine lies: der Concubine.
— 254. Z. 3. Statt: Imfamie lies: Infamie.
— 271. Note 18. Statt: Fortius lies: fortius.
— 274. Note 27. Statt: L. 15. §. 6. lies: L. 16. §. 5. h. t.
— 280. Z. 18. ist im Anfang der Zeile ein A. einzuschalten.
— 295. Z. 17. Statt: Ueberlassung lies: Unterlassung.
— 296. Z. 22. Statt: moria lies: moriar.
— 314. Z. 11. Statt: ex lies: ea.
— 315. Z. 10. ist „nicht" zu streichen.
— 327. Note 26. Statt: quum lies: quam.
— 353. Note 16. Statt: Wahsinnigen lies: Wahnsinnigen.
— 357. Z. 21. Statt: ἀποϱία lies: ἀποϱία.
— 386. Z. 4. Statt: legis actionis lies: legis actiones.
— — Z. 7. Statt: hereditas lies: hereditatis.
— 390. Z. 13. Statt: der lies: den.
— 393. Z. 12. Statt: Actionem lies: Actionen.
— 417. Z. 17. Statt: Angelehenheit lies: Angelegenheit.
— 421. Z. 1. Statt: uecessaria lies; necessaria.
— 423. Z. 5. Statt: Erbitung lies: Erbittung
— 428. Z. 24. fehlt das Notenzeichen (46)
— 429. Z. 17. Statt: Imfamie lies: Infamie.

Zweiter Band.

S. 8. Z. 18. Statt: 156 lies: 155.
— 56. Note 14. Statt: 155 lies: 185.
— 80. Note 10. Z. 2. Statt: ἐνιαυτῷν lies: ἐνιαυτῷ.
— 153. Z. 19. Statt: worden lies: werden.
— — Note 28. Col. 2. Z. 2. Statt: imfamibus lies: infamibus.
— 154. Z. 2. Statt: Imfamie lies: Infamie.
— 164. Z. 12. Statt: potiore nominarem lies: potiorem nominare.
— 168. Z. 22. Statt: ergänzenden lies: ergänzten.
— 189. Note 8. Col. 2 Z. 4. Statt: ποιούμενος lies: ποιούμενος.
— 194. Note 36 und 42. Statt: §. 156. lies: 155.
— 227. Note 72. Col. 2. Z. 2. Statt: Ae lies: Ao.
— 231. Note 4. Statt: 31. lies: 32.
— 265. Note 12. Z. 1. Statt: L. 61. §. 1. lies: L. 61. pr.
— 271. Z. 13. Statt: veralternder lies: veraltender.
— 277. Note 31. Statt: Bd. lies: B.
— 311 Note 8. Statt: Oet lies: O. et
— 367. Z. 19. Statt: Eweiterung lies: Erweiterung.
— 404. Note 39. Zeile 2. Statt: 295. lies: 293.
— 429. Note 9. Z. 1. Statt: movente lies: manente.
— 473. im Columnentitel Statt: Pfleglings lies: Pflegling.

Dritter Band.

S. 1. Z. 15. Statt: Verbindlichlichkeiten lies: Verbindlichkeiten.
— 9. Z. 13. Statt: Präter lies: Prätor.
— — Z. 23. Statt: 156 lies: 155.
— 23. Z. 13. Statt: Stellen-Ausdrücke lies: Stellen Ausdrücke.
— 130. Note 40. Statt: de his not. lies: de his. qui not.
— 160. Note 9. Z. 2. Statt: Cet. lies: Cal.
— 196. Z. 1. lies: L. 3. §. 8. h. t.
— 220. Z. 9. Statt: minorem lies: minorum.
— 235. Z. 16. Statt: h. t. lies: de tutelis.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Berlin, gedruckt bei Johann Friedrich Starcke.

Ob

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Rudorff, Adolf Friedrich,

Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt

Bd.: 3

Berlin 1834

J.germ. 163 x-3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10552398-9